universitară

MANUEL GUȚAN

SISTEME DE DREPT COMPARATE

INTRODUCERE ÎN TEORIA GENERALĂ A DREPTULUI COMPARAT

II 451 973
BCU IASI

Editura Hamangiu
2014

II 451 973
BCU IASI

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

134.

Sisteme de drept comparate

Introducere în teoria generală a dreptului comparat

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Copyright © 2014
Editura Hamangiu SRL

Editură acreditată CNCS - Consiliul Național al Cercetării Științifice
Toate drepturile rezervate Editurii Hamangiu
Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată
fără acordul scris al Editurii Hamangiu

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României
GUȚAN, MANUEL
Sisteme de drept comparate : introducere în teoria generală a dreptului comparat / Manuel Guțan. - București : Editura Hamangiu, 2014
Bibliogr.
ISBN 978-606-27-0078-2

34

Editura Hamangiu:
București, Str. Col. Popeia
nr. 36, sector 5
O.P. 5, C.P. 91

Tel./Fax:
021.336.04.43
031.805.80.21

Vânzări:
021.336.01.25
031.425.42.24
0741.244.032

E-mail:
redactie@hamangiu.ro
distributie@hamangiu.ro

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

- 5 MAR. 2018

Manuel Guțan

S
759 454

Sisteme de drept comparate

Introducere în teoria generală a dreptului comparat

BCU IAȘI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY
0 000010 71620 BCU IAȘI
ALE

Editura Hamangiu
2014

Manuel GUŢAN

Studii. A absolvit Facultatea de Drept a Universităţii Lucian Blaga din Sibiu în anul 1995. Doctor în drept al Universităţii Babeş Bolyai din Cluj-Napoca din anul 2003, cu teza Istoria administraţiei publice româneşti în statul român modern, sub coordonarea ştiinţifică a prof. univ. dr. Dumitru V. Firoiu.

Activitate profesională. Cadru didactic la Facultatea de drept a Universităţii Lucian Blaga din Sibiu din 1995 (conferenţiar din 2006); Bursier van Calker al Federaţiei Elveţiene (2001); Redactor-şef al Romanian Journal of Comparative Law (din 2010); Researh Fellow al Universităţii din Trento, Italia (din 2013).

Publicaţii. Autor al peste 40 de studii şi articole publicate în reviste şi volume de specialitate din ţară şi străinătate. Autor al lucrărilor: *Transplant constituţional şi constituţionalism în România modernă 1802-1866* (Ed. Hamangiu, 2013); *Istoria dreptului românesc* (Ed. Hamangiu, 2008); *Istoria administraţiei publice româneşti* (Ed. Hamangiu, 2006); *Istoria administraţiei publice locale în statul român modern* (Ed. C.H. Beck, 2005).

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Abrevieri

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CEDO	Convenția europeană a drepturilor omului
CEJ	Curtea europeană de justiție de la Luxembourg
CtEDO	Curtea europeană a drepturilor omului de la Strasbourg
EC	European Community
ed.	editor/editori
e.g.	*exempli gratia*
i.e.	*id est*
infra	mai jos, în cele ce urmează
n.n.	nota noastră
ONU	Organizația Națiunilor Unite
supra	mai sus
UE	Uniunea Europeană
Vol.	volumul

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Mulțumiri

Lucrarea de față s-a născut dintr-o obligație profesională care s-a transformat, treptat, într-o adevărată pasiune științifică. La începutul anilor 2000 mi s-a încredințat, în cadrul Facultății de Drept „Simion Bărnuțiu" (cum se numea pe atunci) a Universității Lucian Blaga din Sibiu, cursul de Sisteme de drept comparate. Disciplina fusese introdusă, de ceva timp, în planul de învățământ al specializării Drept, la sugestia domnului profesor Ioan Leș, cel care, de altfel, a și predat-o până când mi-a propus să preiau cursul. Propunerea m-a onorat, fiind însă mai curând încântat de încrederea ce o manifesta respectabilul profesor decât conștient de importanța „misiunii" științifice și didactice încredințate. Specializat, inițial, pe Istoria dreptului românesc, după un îndelungat și intens stagiu doctoral sub îndrumarea domnului profesor Dumitru V. Firoiu la Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca, atenția mea științifică era îndreptată spre istoria instituțională a românilor, o preocupare ce nu mă implica în mod necondiționat într-o analiză comparativă. Totuși, n-aș putea susține că „aventura" mea științifică pornea de la zero. Incursiunile în problematica transplantului juridic pe care le-am realizat în cadrul cercetării doctorale, deși au plecat de la problematica arhicunoscută pentru cultura românească, a teoriei formelor fără fond, mi-au arătat cât de important este a înțelege lucrurile în context și mi-au trezit un interes aparte pentru perspectiva comparativă.

Înarmat cu o sarcină didactică din partea Facultății și având sădită sămânța interesului pentru compararea juridică, am început, în mod firesc, să-mi lărgesc orizontul informațional. Nevoia de cât mai multă și diversă documentație în materie, precum și nevoia firească de „internaționalizare" m-au determinat să aplic pentru o bursă *Van Calker* a Guvernului elvețian, oferită prin intermediul Institutului de drept comparat de la Lausanne. Câștigarea acelei burse, în 2001, a reprezentat un pas definitiv în cariera mea de „comparatist". Lunile de cercetare petrecute în impresionata bibliotecă a Institutului, dialogurile avute cu personalul științific al acestuia, atmosfera extraordinară din colectiv, au fost „ingredientele" de bază ale formării pasiunii mele pentru disciplina dreptului comparat. Ceea ce a urmat a fost rezultatul firesc al „inițierii" de la Lausanne: conferințe internaționale, stagii de documentare și cercetare, publicații pe tematica dreptului comparat și, în cele din urmă, lansarea, în 2010, a Romanian Journal of Comparative Law.

Manualul de față este rezultatul acestui amestec de șansă, hazard și muncă asiduă. Se spune că un comparatist lucid își permite să scrie un curs

de drept comparat doar după cel puțin 10 ani de documentare şi exercițiu în materie de drept comparat. Această idee ar putea suna ciudat pentru cel care crede că a compara în drept înseamnă doar a citi şi a traduce în limba română un text juridic străin (de regulă francez). Pentru cei care ştiu ce înseamnă a compara cu adevărat, acest termen poate părea prea scurt. Publicarea acestui manual după 13 ani de la debutul meu în lumea dreptului comparat nu reprezintă neapărat o punere în practică a acestei provocări şi nici o „obrăznicie" ştiințifică. Pur şi simplu m-am simțit pregătit, ştiințific şi emoțional, să-l scriu în acest moment. Cu siguranță, dacă-l scriam peste încă 10 ani lucrurile ar fi fost abordate şi mai clar, cu mai multa competență, dar sunt convins că am reuşit, cel puțin parțial, să surprind corect starea în care dreptul comparat se află în acest moment şi să ofer lumii ştiințifice româneşti o provocare. Pe lângă cercetarea realizată la Lausanne, în mai multe etape (2001, 2002, 2006, 2013), au contribuit la complexitatea ideatică a acestei lucrări stagiile de cercetare desfăşurate la Central European University din Budapesta (2007), Max Planck Institute for European Legal History din Frankfurt am Main (2011), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law din Heidelberg (2012; 2013), Institute for Comparative and European Law din Oxford (2013) şi Facultatea de drept a Universității din Trento (2014).

Doresc să mulțumesc tuturor celor care au marcat, direct sau indirect, formarea mea ca specialist în drept comparat. În mod deosebit, le mulțumesc celor care mi-au îndrumat paşii majori în periplul meu prin dreptul comparat: domnului profesor Ioan Leş, de la care, de fapt, a început totul şi colectivului de la Institutul elvețian de drept comparat de la Lausanne. Aş dori să mulțumesc, în mod special, lui Andrea Bonomi, Bertil Cottier şi Sami Aldeeb Abu Sahlieh, pe atunci membri ai staff-ului academic de la Lausanne, care m-au sprijinit în mod deosebit în debutul meu ştiințific. Nu în ultimul rând, doresc să-i mulțumesc distinsului profesor Roberto Toniatti (Trento) pentru sprijinul considerabil acordat în realizarea cercetării mele în domeniul dreptului comparat.

B.C.U. "M. EMINESCU" IASI

Acknowledgements

This book was born out of a professional obligation which gradually became a scientific passion. At the beginning of the years 2000, I was entrusted, within the *Simion Bărnuțiu* Faculty of Law from the *Lucian Blaga* University of Sibiu, with teaching the course *Comparative Legal Systems.* The subject had been introduced for some time, in the curriculum, at the suggestion of Professor Ioan Leș, who taught it until he proposed me that I take over the course. I was honored by the proposal, but mostly happy for the trust manifested by the reputable Professor than conscious of the actual importance of my academic mission. Having been initially specialized in the History of Romanian Law, after a long and intense doctoral stage under the supervision of Professor Dumitru V. Firoiu from the *Babeș-Bolyai* University of Cluj-Napoca, my academic attention was directed towards the institutional history of the Romanians, a field which did not involve me unconditionally in a comparative analysis. However, I could not affirm that my scientific "adventure" started from zero. The incursions into the subject of legal transplant, which I made during my doctoral research, although they started from the well-known issue, for the Romanian culture, of the theory of forms without substance, showed me how important it is to understand things in context and aroused my special interest for the comparative perspective.

Thus, armed with a teaching task by the Faculty and bearing the seed of the interest for legal comparison, I started, naturally, to widen my knowledge. The need of more and diverse documentation in the field, as well as the need of "internationalization", determined me to apply for a *Van Calker scholarship* of the Swiss government, offered through the Swiss Institute of Comparative Law in Lausanne. Winning that scholarship, in 2001, meant the definitive step in my career as a comparatist. The months of research spent in the impressive library of the Institute, the discussions with the academic staff, the extraordinary atmosphere from the collective, were the basic ingredients of the configuration of my dedication for the Comparative Law subject. All that followed was the natural result of the "initiation" achieved in Lausanne: international conferences, research stages, publications and, finally, the launch, in 2010, of the Romanian Journal of Comparative Law.

The present book is the result of this mix of chance, hazard and hard work. It has been said that a realistic comparatist only affords to write a course of Comparative Law after at least ten years of research and exercise in the field. This idea might sound funny to the one who thinks that comparing in law only means to read and translate a foreign legal text (usually French) into Romanian. To those who know what comparison truly means, this delay might seem too short. Publishing this manual 13 years after my debut into the world of Comparative Law does not represent necessarily either an application of this challenge or an academic boldness. I simply felt ready, academically and emotionally, to write it at this moment. Certainly, if I wrote it in another 10 years, things would be approached even clearer, with more competence, but I am sure that I managed, at least partially, to correctly grasp the present state of Comparative Law and to offer a challenge to the Romanian academic world.

Besides the research achieved in Lausanne (2001, 2002, 2006, 2013), to the ideatic complexity of this work contributed the research stages from Central European University, Budapest (2007), Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main (2011), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg (2012; 2013) and Institute for Comparative and European Law, Oxford (2013).

I also wish to thank all those who facilitated directly or indirectly my training as a Comparative Law specialist. I especially thank those who allowed and marked my major steps in my journey: Professor Ioan Leş, who started everything, and the staff from the Swiss Institute of Comparative Law from Lausanne. I also wish to personally thank Andrea Bonomi, Bertil Cottier and Sami Aldeeb Abu Sahlieh, who all were, at that time, members of the Institute's academic staff and who supported me especially in my scientific beginnings. Last but not least, I wish to express my gratitude to the distinguished Professor Roberto Toniatti (University of Trento) for his kind and considerable support to the benefit of my scientific research in the field of comparative law.

Cuprins

Introducere 1
Secțiunea 1. Actualitatea dreptului comparat 1
Secțiunea a 2-a. Titlul, scopul, conținutul și structura manualului 4
Bibliografie 7

Capitolul I. Scurtă perspectivă istorică 8
Secțiunea 1. Evoluția dreptului comparat pe plan mondial 8
§1. Dreptul comparat și descoperirea alterității în drept (1800-1850) 9
§2. Instituționalizarea dreptului comparat (1850-1900) 11
§3. De la abordarea formal juridică la abordarea contextuală (1900) 12
§4. Dreptul comparat în prima jumătate a secolului al XX-lea: nașterea metodei funcționaliste 14
§5. Dreptul comparat în a doua jumătate a secolului al XX-lea și începutul secolului al XXI-lea 16
Secțiunea a 2-a. Evoluția dreptului comparat în România 20
Bibliografie 28

Capitolul II. Teoria comparării juridice – un demers metodologic astăzi inutil? 30
Secțiunea 1. Dreptul comparat, o practică juridică lipsită de fundamente teoretice 30
Secțiunea a 2-a. Dreptul comparat, o teorie juridică lipsită de finalitate practică 32
Secțiunea a 3-a. Dreptul comparat între teorie și finalitate practică 36
Bibliografie 39

Capitolul III. Definiția dreptului comparat 41
Secțiunea 1. Ce este dreptul comparat? 41
§1. Noțiunea de „Drept comparat” 41
§2. Dreptul comparat: Știință sau metodă? 43
2.1. Dreptul comparat ca știință autonomă 43

2.1.1. Dreptul comparat între ştiinţă auxiliară şi ştiinţă autonomă 44
2.1.2. De la metodă la ştiinţă 47
2.1.3. Leontin-Jean Constantinesco 48
2.1.4. Sfârşitul secolului al XX-lea 50
2.1.5. Redeschiderea dosarului „dreptul comparat ca ştiinţă" la începutul secolului al XXI-lea 52
2.2. Dreptul comparat ca metodă 54
2.3. Dreptul comparat ca disciplină distinctă în curriculum-ul universitar 57
Secţiunea a 2-a. Mai mult decât o simplă metodă *58*
Bibliografie 61

Capitolul IV. Ce comparăm? Obiectul Dreptului Comparat 64
Secţiunea 1. Ce nu poate fi obiectul dreptului comparat *64*
§1. Dreptul comparat şi sistemul de drept naţional 65
§2. Dreptul comparat şi dreptul străin 66
Secţiunea a 2-a. Macrocomparaţie şi microcomparaţie *68*
§1. Macrocomparaţia 68
1.1. Câte sisteme de drept trebuie avute în vedere şi care anume? 69
1.1.1. Factorii obiectivi 69
1.1.2. Factorii aparent obiectivi 70
1.1.3. Factorul subiectiv 73
1.2. Care este obiectul specific macrocomparaţiei? 75
§2. Marile sisteme de drept sau familiile juridice 76
§3. Mai este actuală gruparea sistemelor de drept naţionale în mari sisteme de drept/familii juridice? 78
§4. Sistemele de drept mixte / dreptul mixt 84
Secţiunea a 3-a. Microcomparaţia *87*
Secţiunea a 4-a. Concluzii *90*
Bibliografie 92

Capitolul V. Ce nu este dreptul comparat? Dreptul comparat în relaţie cu alte discipline juridice 96
Secţiunea 1. Teoria generală a dreptului *97*
Secţiunea a 2-a. Filosofia dreptului *98*
Secţiunea a 3-a. Istoria dreptului *99*
§1. Obiect şi relevanţă 99

§2. Dreptul roman şi dreptul comparat în procesul legitimării din perspectivă istorică a dreptului european 101
2.1. Necesitatea de a justifica istoric un drept european unificat 101
2.2. Dreptul roman – o posibilă soluție? 103
2.3. Drept comparat şi istorie juridică în România contemporană 105
Secțiunea a 4-a. Etnologia juridică *108*
Secțiunea a 5-a. Sociologia juridică *108*
Secțiunea a 6-a. Antropologia juridică *111*
Secțiunea a 7-a. Dreptul comparat şi limba/limbajul juridic *112*
Secțiunea a 8-a. Analiza economică a dreptului (Law and Economics) *114*
Secțiunea a 9-a. Dreptul internațional public *115*
Secțiunea a 10-a. Dreptul internațional privat *116*
Secțiunea a 11-a. Dreptul transnațional *118*
Secțiunea a 12-a. Concluzii *119*
Bibliografie 120

Capitolul VI. De ce avem nevoie de comparare juridică? Funcțiile dreptului comparat 123
Secțiunea 1. Funcțiile teoretice ale Dreptului comparat *125*
§1. Funcția de cunoaştere 125
§2. Funcția de autocunoaştere. Obținerea unei mai bune înțelegeri a propriului sistem de drept 126
§3. Elaborarea unei „teorii universale a dreptului" 127
Secțiunea a 2-a. Funcțiile practice ale dreptului comparat *129*
§1. Funcția legislativă. Dreptul comparat ca instrument la îndemâna legiuitorului național 130
§2. Funcția de unificare şi armonizare a dreptului 134
2.1. Nivelul internațional sau global 135
2.2. Unificarea dreptului la nivel regional 141
2.3. Rolul dreptului comparat în construcția unui drept european unificat 142
2.3.1. Necesitatea unei profunde şi sistemice convergențe juridice europene 143
2.3.2. Unificarea dreptului privat european şi spațiul academic 144
2.3.3. Rolul dreptului comparat 149

A. Rolul dreptului comparat în edictarea dreptului european 153
B. Rolul dreptului comparat în aplicarea dreptului european 156
2.4. Unificarea dreptului la nivel național 160
§3. Dreptul comparat şi instanțele judecătoreşti 162
3.1. Instanțele judecătoreşti naționale 162
3.2. Instanțele judecătoreşti internaționale 168
§4. Dreptul comparat, un instrument la îndemâna practicienilor dreptului 170
Secțiunea a 3-a. Funcția educativă. Dreptul comparat ca disciplină de studiu *171*
§1. Posibilitatea cunoaşterii altor sisteme de drept decât cel național 172
§2. O mai bună înțelegere a propriului sistem de drept 173
§3. Studiul dreptului comparat ***vs.*** studiul comparat al dreptului 174
§4. Dreptul comparat poate contribui la educația studenților la drept prin formularea unei epistemologii a dreptului 175
Secțiunea a 4-a. Comparare integrativă sau comparare diferențială? *175*
Secțiunea a 5-a. Dreptul comparat ca „dialog între egali" *179*
Secțiunea a 6-a. Dreptul comparat şi postularea identității juridice naționale *184*
Bibliografie **190**

Capitolul VII. Metodologia comparării juridice **199**
Secțiunea 1. Metoda comparativă *201*
§1. Metoda comparativă şi dreptul 201
§2. Metoda ori metodele dreptului comparat? 203
Secțiunea a 2-a. Preliminariile comparării juridice *206*
§1. Fixarea scopului comparării 206
§2. Alegerea obiectului comparării 207
§3. Comparabilitatea 207
3.1. *Tertium comparationis* 207
3.2. Echivalența lingvistică 208
3.3. Echivalența instituțională 209
3.4. Echivalența funcțională 210
3.5. Echivalența structurală 212
3.6. Concluzii 212

Secțiunea a 3-a. Metoda funcționalistă 215
§1. Evoluție și componente metodologice 215
§2. Critica metodei funcționaliste 218
2.1. Probleme intrinseci ale metodei funcționaliste 219
2.2. Abordarea contextualizată a dreptului (*law in context*) 220
2.3. Dreptul înțeles prin prisma culturii (*law as culture*) 223
2.4. Dreptul în acțiune (*law in action*) 225
2.5. Studiul critic al dreptului (*Critical Legal Studies*) 227
2.6. Dreptul comparat și teoria/filosofia dreptului (*Comparative Law and Jurisprudence*) 229
§3. Concluzii 229
Secțiunea a 4-a. Drept comparat și contextualism în România contemporană 232
Secțiunea a 5-a. Etapele comparării juridice 235
§1. Cunoașterea obiectului comparării juridice 237
§2. Înțelegerea obiectului comparării juridice 241
§3. Compararea propriu-zisă 246
§4. Explicarea rezultatelor comparării 247
Secțiunea a 6-a. Compararea în materie de Drept public 248
Secțiunea a 7-a. Limitele comparării în drept 251
Secțiunea a 8-a. Concluzii 258
Bibliografie 262

Capitolul VIII. Dreptul comparat și transplantul juridic 269
Secțiunea 1. Drept comparat și transplant juridic 269
Secțiunea a 2-a. Transplantul juridic ca metaforă 272
Secțiunea a 3-a. E posibil să importăm? Posibilitatea transplantului juridic 273
Secțiunea a 4-a. Fenomenologia transplantului juridic 275
§1. Cine importă? Actorii transplantului juridic 276
§2. De ce importăm? Cauzele transplantului juridic 277
2.1. Cauzele subiective ale transplantului juridic 278
2.2. Cauzele obiective ale transplantului juridic 280
§3. Ce importăm și în ce cantitate? Obiectul transplantului juridic 282
§4. De unde importăm? Modelele transplantului juridic 283
§5. Prin ce tehnici importăm? Mecanismele transplantului juridic 285
§6. Cum importăm? Modalitățile transplantului juridic 287
§7. În ce scop importăm? Finalitățile transplantului juridic 289

§8. Care sunt consecințele? Efectele transplantului juridic 290
§9. Cum ar trebui să importăm? Transplantul juridic de succes 295
9.1. Transplantul juridic între succes şi insucces 295
9.2. Modele ale transplantului juridic de succes 298
§10. Precizări metodologice 301
Secțiunea a 5-a. Dreptul românesc între transplantul juridic comunitar şi cultura juridică națională 302
§1. Actualitatea teoriei formelor fără fond în contextul integrării europene a României 302
§2. O epistemologie românească a transplantului juridic: teoria formelor fără fond 307
2.1. Transplantul juridic, ca modalitate de construire a dreptului (național), este firesc şi cu aplicabilitate universală (fondul nu se poate dezvolta fără formă) 308
2.2. Pentru atingerea unor obiective politice şi economice specifice, ingineria cultural-juridică este acceptată (forma creează fondul) 310
2.3 Importul juridic este firesc, dar trebuie să fie făcut atunci când este necesar (forma completează fondul) 311
2.4. Importul juridic poate produce dezechilibre culturale şi cultural-juridice în societatea importatoare (forma irită fondul) 312
2.5. Importul juridic poate determina o inadecvare funciară a instituțiilor juridice importate la dimensiunea culturală a societății importatoare (fondul distorsionează forma) 313
2.6. Importul juridic trebuie să aibă succes (fondul asimilează forma) 314
§3. Teoria fondului care creează forma este depăşită? 316
Bibliografie 319

Capitolul IX. Compararea juridică, dreptul înțeles prin prisma culturii *(law as culture)* şi problematica integrării juridice europene 324
Secțiunea 1. Dreptul Uniunii Europene – o construcție normativ-pozitivistă 325
Secțiunea a 2-a. Tradițiile juridice europene sunt neconvergente/incomensurabile 326

Secțiunea a 3-a. Drept și cultură ____ *328*
A. Latitudinile ideatice, spirituale, interne ale culturii juridice ____ 329
B. Modul în care cultura juridică se exprimă și comunică ____ 330
C. Latitudinile externe, manifeste ale culturii juridice ____ 330
Secțiunea a 4-a. Dreptul comparat și comensurabilitatea culturilor/tradițiilor juridice europene ____ *334*
Secțiunea a 5-a. Problemele comparării și unificării dreptului în UE ____ *339*
§1. Diversitatea culturilor juridice naționale, manifestată în procesul de aplicare a dreptului european, pune în pericol unitatea acestuia ____ 340
§2. Transplantul juridic ce stă la baza integrării juridice europene ia, uneori, forma unei „iritări juridice" cu efecte negative ____ 341
§3. O cultură juridică europeană, soluția unei reale convergențe juridice în UE? ____ 345
§4. Ce reprezintă cultura juridică europeană? ____ 346
§5. Ar putea fi cu adevărat posibilă o cultură juridică europeană? ____ 350
Bibliografie ____ **353**

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Table of Contents

Introduction 1
Section 1. Is Comparative Law Still Topical? 1
Section 2. The Title, the Purpose, the Contents and the Structure of the Textbook 4
Bibliography 7

Chapter I. Brief Historical Perspective 8
Section 1. The Evolution of Comparative Law in the World 8
§1. Comparative Law and the Discovery of Alterity in Law (1800-1850) 9
§2. Institutionalizing Comparative Law (1850-1900) 11
§3. From the Formal-Legal Approach to the Contextual Approach (1900) 12
§4. Comparative Law in the First Half of the 20th Century: the Birth of the Functionalist Method 14
§5. Comparative Law In the Second Half Of The 20th Century and the Beginning of the 21st Century 16
Section 2. The Evolution of Comparative Law in Romania 20
Bibliography 28

Chapter II. Theory of Legal Comparison – A Presently Useless Methodological Approach? 30
Section 1. Comparative Law, a Legal Practice Without Theoretical Foundations 30
Section 2. Comparative Law, a Legal Theory Without Practical Ends 32
Section 3. Comparative Law Between Theory and Practical End 36
Bibliography 39

Chapter III. Defining Comparative Law 41
Section 1. What is Comparative Law? 41
§1. The Notion of "Comparative Law" 41
§2. Comparative Law: Science or Method? 43
2.1. Comparative Law as an Autonomous Science 43

2.1.1. Comparative Law Between Auxiliary Science and Autonomous Science 44
2.1.2. From Method to Science 47
2.1.3. Leontin-Jean Constantinesco 48
2.1.4. The End of the 20th Century 50
2.1.5. Reopening the File of "Comparative Law as Science" at the Beginning of the 21st Century 52
2.2. Comparative Law as Method 54
2.3. Comparative Law as Distinct Subject in the Academic Curriculum 57
Section 2. More Than Merely a Method 58
Bibliography 61

Chapter IV. What We Compare?
The Object of Comparative Law 64
Section 1. What Cannot Be the Object of Comparative Law 64
§1. Comparative Law And National Legal System 65
§2. Comparative Law and Foreign Law 66
Section 2. Macrocomparison and microcomparison 68
§1. Macrocomparison 68
1.1. How Many Legal System Must be Considered and Which Ones? 69
1.1.1. Objective Factors 69
1.1.2. Apparently Objective Factors 70
1.1.3. The Subjective Factor 73
1.2. Which is the Specific Object of Macrocomparison? 75
§2. The Legal Families 76
§3. Is the Classification of National Legal System in Legal Families Still Topical? 78
§4. Mixed Legal Systems 84
Section 3. Microcomparison 87
Section 4. Conclusions 90
Bibliography 92

Chapter V. What Isn't Comparative Law?
Comparative Law In Relation to Other Legal Subjects 96
Section 1. Jurisprudence 97
Section 2. Philosophy of Law 98
Section 3. Legal History 99
§1. Object and Relevance 99

§2. Roman Law and Comparative Law in the Process of the Historical Legitimization of European Law 101
2.1. The Necessity to Historically Justify a Unified European Law 101
2.2. Roman Law – a Possible Solution? 103
2.3. Comparative Law and Legal History in Contemporary Romania 105
Section 4. Legal Ethnology 108
Section 5. Legal Sociology 108
Section 6. Legal Anthropology 111
Section 7. Comparative Law and Legal Language 112
Section 8. Law and Economics 114
Section 9. Public International Law 115
Section 10. Private International Law 116
Section 11. Transnational Law 118
Section 12. Conclusions 119
Bibliography 120

Chapter VI. Why Do We Need Legal Comparison? The Functions of Comparative Law 123
Section 1. Theoretical Functions of Comparative Law 125
§1. The Knowledge Function 125
§2. The Self-Knowledge Function. Getting a Better Understanding of One's Own Legal System 126
§3. The Elaboration of a "Universal Theory of Law" 127
Section 2. The Practical Functions of Comparative Law 129
§1. The Legislative Function. Comparative Law as an Instrument of the National Legislator 130
§2. The Unification and Harmonization Function 134
2.1. The International or Global Level 135
2.2. The Unification of Law at Regional Level 141
2.3. The Role of Comparative Law in Building a Unified European Law 142
2.3.1. The Necessity of a Serious and Systemic European Legal Convergence 143
2.3.2. The Unification of the Private European Law and the Academic Space 144
2.3.3.The Role of Comparative Law 149
A. The Role of Comparative Law in Enacting European Law 153

B. The Role of Comparative Law in Applying European Law 156
2.4. Unification of Law at National Level 160
§3. Comparative Law and Courts 162
3.1. National Courts 162
3.2. International Courts 168
§4. Comparative Law, an Instrument at Practitioners' Hands 170
Section 3. The Educational Function. Comparative Law as a Legal Studies Subject *171*
§1. The Possibility of Knowing Other Systems 172
§2. A Better Understanding of One's Own Legal System 173
§3. Studying Comparative Law v. Comparative Study of Law 174
§4. Comparative Law Can Contribute to the Education of Legal Students By Formulating a Legal Epistemology 175
Section 4. Integrative or Differential Comparison? *175*
Section 5. Comparative Law as « dialogue of equals » *179*
Section 6. Comparative Law and the Postulation of a National Legal Identity *184*
Bibliography **190**

Chapter VII. Methodology of Legal Comparison **199**
Section 1. Comparative Method *201*
§1. Comparative Method in Legal Science 201
§2. Method or Methods of Comparative Law? 203
Section 2. Preliminaries of Legal Comparison *206*
§1. Establishing the Purpose of Comparison 206
§2. Choosing the Object of Comparison 207
§3. Comparability 207
3.1. Tertium comparationis 207
3.2. Linguistic Equivalence 208
3.3. Institutional Equivalence 209
3.4. Functional Equivalence 210
3.5. Structural Equivalence 212
3.6. Conclusions 212
Section 3. The Functionalist Method *215*
§1. Evolution and Methodological Components 215
§2. Critique of the Functionalist Method 218
2.1. Inherent Problems of the Functionalist Method 219
2.2. Law in Context 220

2.3. Law as Culture 223
2.4. Law in Action 225
2.5. Critical Legal Studies 227
2.6. Comparative Law and Jurisprudence 229
§3. Conclusions 229
Section 4. Comparative Law and Contextualism in Contemporary Romania *232*
Section 5. The Stages of Legal Comparison *235*
§1. Knowing the Object of Legal Comparison 237
§2. Understanding the Object of Legal Comparison 241
§3. The Actual Comparison 246
§4. Explaining the Results of Comparison 247
Section 6. Comparison in Public Law *248*
Section 7. Limits of Legal Comparison *251*
Section 8. Conclusions *258*
Bibliography 262

Chapter VIII. Comparative Law and Legal Transplant 269
Section 1. Comparative Law and Legal Transplant *269*
Section 2. Legal Transplant As a Metaphor *272*
Section 3. Is Import Possible? The Possibility of Legal Transplant *273*
Section 4. Phenomenology of Legal Transplant *275*
§1. Who Imports? The Actors of Legal Transplant 276
§2. Why Import? The Causes of Legal Transplant 277
2.1. Subjective causes 278
2.2. Objective causes 280
§3. What to Import and How Much? The Object of Legal Transplant 282
§4. Where to Import From? Models of Legal Transplant 283
§5. Which Techniques of Import? Mechanisms of Legal Transplant 285
§6. How to Import? Means of Legal Transplant 287
§7. What to Import For? Purposes of Legal Transplant 289
§8. What Consequences? The Effects of Legal Transplant 290
§9. How Should the Import Be? Successful Legal Transplant 295
9.1. Legal Transplant Between Success and Failure 295
9.2. Models of A Successful Legal Transplant 298
§10. Methodological Clarifications 301

Section 5. Romanian Law Between European Legal Transplant and National Legal Culture ____ *302*
§1. Is the Forms Without Substance Theory Still Topical in the Context of Romania's European Integration? ____ 302
§2. A Romanian Epistemology of Legal Transplant: the Forms Without Substance Theory ____ 307
2.1. Legal Transplant as Means of Building National Law is Natural and Universally Applicable (Substance Cannot Develop Without Form) ____ 308
2.2. The Cultural-Legal Engineering is Accepted in Order to Attain Certain Political and Economic Specific Goals (Form Creates the Substance) ____ 310
2.3. Legal Transplant Is Natural, But Must Be Done When Necessary (Form Completes Substance) ____ 311
2.4. Legal Transplant Can Produce Cultural and Cultural-Legal Imbalances in the Importing Society (Form Irritates Substance) ____ 312
2.5. Legal Transplant Can Determine an Incompatibility of Imported Legal Institutions with the Cultural Dimension of the Importing Society (Substance Distorts Form) ____ 313
2.6. Legal Transplant Must Be Successful (Substance Absorbs Form) ____ 314
§3. Is the Theory of Substance that Creates the Form Obsolete? ____ 316
Bibliography ____ **319**

Chapter IX. Legal Comparison, Law as Culture and the Issue of European Legal Integration ____ **324**
Section 1. European Union Law – a Normative-Positivistic Construction ____ *325*
Section 2. European Legal Traditions are Incommensurable ____ *326*
Section 3. Law and Culture ____ *328*
A.The Ideatic, Spiritual, Internal Latitudes of Legal Culture ____ 329
B. How Legal Culture Expresses Itself and Communicates ____ 330
C. The Exterior, Manifest Latitudes of Legal Culture ____ 330
Section 4.Comparative Law and the Commensurability of European Legal Cultures ____ *334*

Section 5. Problems of Comparing and Unifying EU Law _____ *339*
§1. The Diversity of National Legal Culture, Manifested in the Implementation of European Law, Endangers Its Unity _____ 340
§2. Legal Transplant Which Founds the European Legal Integration Takes Sometimes the Shape of a « Legal Irritation » With Negative Effects _____ 341
§3. A European Legal Culture – the Solution for an Actual Legal Convergence in the EU? _____ 345
§4. What Is the European Legal Culture? _____ 346
§5. Would a European Legal Culture Actually Be Possible? ___ 350
Bibliography _____ **353**

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Table des matières

Introduction 1
Section 1. L'actualité du droit comparé 1
Section 2. Le titre, le but, le contenu et la structure du manuel 4
Bibliographie 7

Chapitre I. Brève perspective historique 8
Section 1. L'évolution du droit comparé dans le monde 8
§1. Le droit comparé et la découverte de l'altérité en droit (1800-1850) 9
§2. L'institutionnalisation du droit comparé (1850-1900) 11
§3. De l'approche formelle-juridique a l'approche contextuelle (1900) 12
§4. Le droit comparé dans la première moitié du 20ème siècle: la naissance de la méthode fonctionnaliste 14
§5. Le droit comparé dans la seconde moitié du 20ème siècle et au début du 21ème siècle 16
Section 2. L'évolution du droit comparé en Roumanie 20
Bibliographie 28

Chapitre II. La théorie de la comparaison juridique – une démarche méthodologique actuellement inutile? 30
Section 1. Le droit comparé, une pratique juridique sans fondements théoriques 30
Section 2. Le droit comparé, une théorie juridique sans finalité pratique 32
Section 3. Le droit comparé entre théorie et finalité pratique 36
Bibliographie 39

Chapitre III. Définition du droit comparé 41
Section 1. Qu'est-ce que le droit comparé? 41
§1. La notion de "droit comparé" 41
§2. Le droit comparé: science ou méthode? 43
2.1. Le droit comparé en tant que science autonome 43
2.1.1. Le droit comparé entre science auxiliaire et science autonome 44

2.1.2. De méthode à science 47
2.1.3. Leontin-Jean Constantinesco 48
2.1.4. La fin du 20ème siècle 50
2.1.5. La réouverture du dossier "droit comparé en tant que science" au début du 21ème siècle 52
2.2. Le droit comparé en tant que méthode 54
2.3. Le droit comparé en tant que sujet distinct au curriculum universitaire 57
Section 2. Plus qu'une simple méthode *58*
Bibliographie 61

Chapitre IV. Qu'est-ce qu'on compare? L'objet du droit comparé 64
Section 1. Ce que ne peut pas faire l'objet du droit comparé *64*
§1. Le droit comparé et le système de droit national 65
§2. Droit comparé et droit étranger 66
Section 2. Macrocomparaison et microcomparaison *68*
§1. Macrocomparaison 68
1.1. Combien de systèmes juridiques doit-on prendre en compte et lesquels? 69
1.1.1. Facteurs objectifs 69
1.1.2. Facteurs apparemment objectifs 70
1.1.3. Le facteur subjectif 73
1.2. Quel est l'objet spécifique de la macrocomparaison? 75
§2. Les grands systèmes de droit 76
§3. Le groupement des systèmes nationaux en grands systèmes de droit – est-il encore actuel? 78
§4. Systèmes de droit mixtes 84
Section 3. Microcomparaison *87*
Section 4. Conclusions *90*
Bibliographie 92

Chapitre V. Ce que n'est pas le droit comparé. Le droit comparé en relation avec d'autres disciplines juridiques 96
Section 1. Théorie générale du droit *97*
Section 2. Philosophie du droit *98*
Section 3. Histoire du droit *99*
§1. Objet et relevance 99
§2. Le droit romain et le droit comparé dans le processus de légitimation historique du droit européen 101

2.1. La nécessité de justifier historiquement un droit européen unifié 101
2.2. Le droit romain – une solution possible? 103
2.3. Droit comparé et histoire du droit en Roumanie contemporaine 105
Section 4. Ethnologie juridique *108*
Section 5. Sociologie juridique *108*
Section 6. Anthropologie juridique *111*
Section 7. Le droit comparé et la langue/le langage juridique *112*
Section 8. Droit et économie *114*
Section 9. Droit international public *115*
Section 10. Droit international privé *116*
Section 11. Le droit transnational *118*
Section 12. Conclusions *119*
Bibliographie 120

Chapitre VI. Pourquoi a-t-on besoin de comparaison juridique? Les fonctions du droit comparé 123
Section 1. La fonction théorique du droit comparé *125*
§1. La fonction de connaissance 125
§2. La fonction d'auto-connaissance. L'obtention d'une meilleure compréhension de son propre système juridique 126
§3. L'élaboration d'une «théorie universelle du droit» 127
Section 2. Les fonctions pratiques du droit comparé *129*
§1. La fonction législative. Le droit comparé comme instrument du législateur national 130
§2. La fonction d'unification et d'harmonisation 134
2.1. Le niveau international ou global 135
2.2. L'unification du droit au niveau régional 141
2.3. Le rôle du droit comparé dans la construction d'un droit européen unifié 142
2.3.1. La nécessité d'une convergence juridique européenne profonde et systémique 143
2.3.2. L'unification du droit privé européen et l'espace académique 144
2.3.3. Le rôle du droit comparé 149
A. Le rôle du droit comparé dans la création du droit européen 153

B. Le rôle du droit comparé dans l'application du droit européen 156
2.4. L'unification du droit au niveau national 160
§3. Le droit comparé et les cours de justice 162
3.1. Cours nationales 162
3.2. Cours internationales 168
§4. Le droit comparé, un instrument à la main des praticiens du droit 170
Section 3. La fonction éducative. Le droit comparé comme discipline juridique 171
§1. La possibilité de connaître d'autres systèmes de droit 172
§2. Une meilleure compréhension de son propre système juridique 173
§3. L'étude du droit comparé c. l'étude comparé du droit 174
§4. Le droit comparé peut contribuer a l'éducation des étudiants en droit par la formulation d'une épistémologie juridique 175
Section 4. Comparaison intégrative ou différentielle? 175
Section 5. Le droit comparé comme «dialogue entre les égaux» 179
Section 6. Le droit comparé et la postulation de l'identité juridique nationale 184
Bibliographie 190

Chapitre VII. La méthodologie de la comparaison juridique 199
Section 1. La méthode comparative 201
§1. La méthode comparative et le droit 201
§2. La méthode ou les méthodes du droit comparé? 203
Section 2. Les préliminaires de la comparaison juridique 206
§1. Etablir le but de la comparaison 206
§2. Choisir le but de la comparaison 207
§3. Comparabilité 207
3.1. Tertium comparationis 207
3.2. Equivalence linguistique 208
3.3. Equivalence institutionnelle 209
3.4. Equivalence fonctionnelle 210
3.5. Equivalence structurelle 212
3.6. Conclusions 212
Section 3. La méthode fonctionnaliste 215
§1. Evolution et composantes méthodologiques 215
§2. La critique de la méthode fonctionnaliste 218

2.1. Problèmes intrinsèques de la méthode fonctionnaliste 219
2.2. L'approche contextualisée du droit 220
2.3. Le droit comme culture 223
2.4. Le droit en action 225
2.5. L'étude critique du droit 227
2.6. Le droit comparé et la théorie et philosophie du droit 229
§3. Conclusions 229
Section 4. Droit comparé et contextualisme en Roumanie contemporaine 232
Section 5. Les étapes de la comparaison juridique 235
§1. Connaître l'objet de la comparaison 237
§2. Comprendre l'objet de la comparaison juridique 241
§3. La comparaison proprement-dite 246
§4. Expliquer les résultats de la comparaison 247
Section 6. La comparaison en droit public 248
Section 7. Les limites de la comparaison juridique 251
Section 8. Conclusions 258
Bibliographie 262

Chapitre VIII. Droit comparé et transplant juridique 269
Section 1. Droit comparé et transplant juridique 269
Section 2. Le transplant juridique comme métaphore 272
Section 3. L'import est-il possible? La possibilité du transplant juridique 273
Section 4. La phénoménologie du transplant juridique 275
§1. Qui fait l'importation? Les acteurs du transplant juridique 276
§2. Pourquoi importer? Les causes du transplant juridique 277
2.1. Causes subjectives 278
2.2. Causes objectives 280
§3. Quoi et combien importer? L'objet du transplant juridique 282
§4. D'ou importer? Les modèles du transplant juridique 283
§5. Par quelles techniques importer? Les mécanismes du transplant juridique 285
§6. Comment importer? Les modalités du transplant juridique 287
§7. A quel but importer? Les finalités du transplant juridique 289
§8. Quelles conséquences? Les effets du transplant juridique 290
§9. Comment devrait-on importer? Le transplant juridique de succès 295
9.1. Le transplant juridique entre succès et insuccès 295
9.2. Modèles de transplant juridique de succès 298

§10. Clarifications méthodologiques 301
Section 5. Le droit roumain entre transplant juridique communautaire et culture juridique nationale *302*
§1. L'actualité de la théorie des formes sans fond dans le contexte de l'intégration européenne de la Roumanie 302
§2. Une épistémologie roumaine du transplant juridique: la théorie des formes sans fond 307
2.1. Le transplant juridique comme modalité de construire le droit national est naturelle et universellement applicable (le fonds ne peut pas se développer sans forme) 308
2.2. L'ingénierie culturelle-juridique est acceptée pour atteindre des objectifs spécifiques politiques et économiques (la forme crée le fond) 310
2.3. Le transplant juridique est naturel, mais doit être fait lorsqu'il est nécessaire (la forme complète le fond) 311
2.4. Le transplant juridique peut produire des déséquilibres culturels et culturels-juridiques dans la société importatrice (la forme irrite le fond) 312
2.5. Le transplant juridique peut déterminer une incompatibilité foncière des institutions juridiques importées à la dimension culturelle de la société importatrice (le fond distorsionne la forme) 313
2.6. Le transplant juridique doit être de succès (le fond assimile la forme) 314
§3. La théorie du fond qui crée la forme est-elle obsolète? 316
Bibliographie **319**

Chapitre IX. Comparaison juridique, droit comme culture et la problématique de l'intégration juridique européenne **324**
Section 1. Le droit de l'Union Européenne – une construction normative-positiviste *325*
Section 2. Les traditions juridiques européennes sont incommensurables *326*
Section 3. Droit et culture *328*
A. Les latitudes idéatiques, spirituelles, internes, de la culture juridique 329
B. Comment la culture juridique s'exprime et communique 330

C. Les latitudes extérieures, manifestes, de la culture juridique 330
Section 4. Le droit comparé et la commensurabilité des traditions juridiques européennes *334*
Section 5. Problèmes de la comparaison et de l'unification du droit européen *339*
§1. La diversité des cultures juridiques nationales, manifestée dans le processus d'implémentation du droit européen, met en danger son unité 340
§2. Le transplant juridique qui est à la base de l'intégration juridique européenne prend des fois la forme d'une «irritation juridique» aux effets négatifs 341
§3. Une culture juridique européenne – la solution pour une réelle convergence juridique au sein de l'UE? 345
§4. Qu'est-ce la culture juridique européenne? 346
§5. Une culture juridique européenne – serait-elle réellement possible? 350
Bibliographie 353

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Introducere

Secțiunea 1. Actualitatea dreptului comparat

Nu mai este pentru nimeni astăzi o noutate faptul că lumea contemporană se află, datorită mijloacelor moderne de comunicare, într-un continuu proces de eliminare a barierelor politice, culturale şi, nu în ultimul rând, economice. Conceptele de unificare, uniformizare, integrare, globalizare se fac tot mai des întâlnite atât la nivel mondial, cât şi la nivel regional. Fenomene politico-economice de genul UE nu mai şochează de mult pe nimeni, iar succesul unor asemenea întreprinderi este acceptat treptat de către cei mai înverşunați critici. Mişcarea persoanelor, a mărfurilor, a capitalului tinde din ce în ce mai mult să ignore frontierele sistemelor de drept naționale. Frontierele statale însele devin tot mai permeabile şi mai puțin vizibile, sub presiunea economică a unor construcții politice suprastatale. Raporturile internaționale au dobândit, în toate domeniile, o importanță care va creşte în fiecare an (David & Jaiffret-Spinosi, 1992)[1]. Toate aceste aspecte implică renunțarea la autosuficiența doctrinară şi orgoliul juridic național în favoarea deschiderii spre cunoaşterea şi înțelegerea altor tipuri de culturi (juridice) naționale, asemănătoare sau complet diferite. În domeniul juridicului, acest rol gnoseologic îl joacă astăzi dreptul comparat. Menirea sa nu este însă doar una teoretică, ci şi una practică, fiind aceea, aşa cum remarca R. David (*idem*), de a contribui la edificarea unei ordini juridice care să convină raporturilor internaționale mai sus menționate. Această «internaționalizare» (Kötz, 2000: 21) a vieții juridice ar reprezenta primul şi unul din cele mai importante argumente pentru existența dreptului comparat.

Procesul de armonizare/unificare a dreptului, precum şi circulația globală a modelelor juridice reprezintă realități dominante ale "internaționalizării" vieții juridice contemporane şi, ca urmare, repere centrale ale demersului comparativ. Cea mai evidentă şi relevantă legătură între procesul de armonizare/unificare internațională a dreptului şi dreptul comparat se regăseşte în Europa, în contextul convergenței politice, juridice şi economice ce are loc la nivelul UE. Dreptul comparat s-a dovedit a fi instrumentul menit să

[1] Pentru a nu încărca excesiv textul cu note de subsol, am folosit stilul de citare Harvard. Prin urmare, datele bibliografice din paranteze trebuie citite în sensul (autor, an apariție lucrare: paginile de referință). Referințele bibliografice complete vor putea fi consultate, în ordine alfabetică, la finalul fiecărui capitol.

impulsioneze coerent şi eficient nu doar naşterea dreptului european, ci şi aplicarea acestuia. Edictarea dreptului european a impus juriştilor europeni cunoaşterea şi compararea tuturor sistemelor de drept aparţinând statelor membre. De asemenea, convergenţa juridică europeană s-a dovedit a însemna nu doar o legiferare unitară a problematicii europene, ci şi o aplicare unitară a dreptului european. La acest nivel, de asemenea, apelul la dreptul comparat este esenţial.

Circulaţia modelelor juridice este, de asemenea, rezultatul demersului comparativ pe care îl realizează legiuitorul naţional în vederea îmbunătăţirii legislaţiei naţionale, la care apelează avocaţii marilor companii internaţionale în scopul stabilirii celei mai bune soluţii juridice sau pe care îl au în vedere chiar şi judecătorii naţionali în momentul în care aplică dreptul naţional sau internaţional. Datorită dreptului comparat, dreptul se află într-o continuă mişcare pe plan mondial, iar mixarea continuă a sistemelor de drept este rezultatul incontestabil al acestui fenomen. Pe de altă parte, dreptul comparat oferă şi instrumentele epistemologice necesare înţelegerii acestui tip de procesualitate. El ajută comparatistul să descopere alteritatea în drept, îl ajută să o cunoască, îi pune la îndemână o cale metodologică spre înţelegere, îl ajută să-şi explice asemănările şi deosebirile dintre sistemele de drept şi diversele culturi juridice. Mai mult, dreptul comparat îl determină pe comparatist să-şi pună întrebări esenţiale despre specificitate şi identitate juridică şi îi conferă argumentele necesare aprecierii diversităţii în drept.

Chestionat în secolul al XX-lea sub aspectul rosturilor sale teoretice şi, mai ales, practice, dreptul comparat pare a-şi fi găsit pe deplin locul la începutul secolului al XXI-lea. În aceste condiţii, comparatiştii nu se sfiesc să proclame „triumful" dreptului comparat (Sacco, 2000-2001: 1159). Mai mult, secolul al XXI-lea a fost prognozat a fi „o eră a dreptului comparat" (Koopmans, 1996: 555-556). Într-o abordare optimistă, s-ar putea susţine că dreptul comparat este practicat astăzi de către toţi actorii dreptului, în mai toate domeniile de activitate juridică.

Cu toate acestea, dreptul comparat nu este astăzi dincolo de controverse, iar acest aspect se manifestă nu doar în ceea ce priveşte obiectul, funcţiile şi metodologia sa, ci şi în ceea ce priveşte rosturile sale ultime de a exista. Unii jurişti, mai pesimişti, susţin, dimpotrivă, că secolul al XXI-lea reprezintă sfârşitul dreptului comparat, vorbind despre „ignorarea", „complexitatea", „simplicitatea" şi „irelevanţa" comparării juridice (Siems, 2007: 133). S-a vorbit despre slăbiciunile dreptului comparat (Grossfeld, 1990), drama dreptului comparat (Olsen, 1997), dreptul comparat ca disciplină aflată în căutarea unei audienţe (Markesinis, 1990), caracterul depăşit şi eşecurile dreptului comparat (Reimann, 2000-2001), despre caracterul său de „întreprindere profund pozitivistă, simplistă metodologic şi uimitor de subiectivă" (Reimann, 2002: 691)

ori despre caracterul direcționat, non-neutru al dreptului comparat (Monateri, 2013: 9). Se consideră că dreptul comparat este prea dominat de simple descrieri ale sistemelor de drept străine, lipsind o adevărată abordare comparativă, unde, în același timp, lipsesc date statistice concrete despre sistemele de drept studiate (Reimann, 2002: 686). Dreptul comparat este acuzat că nu a fost capabil să se transforme într-un corp coerent de cunoștințe, în timp ce interdisciplinaritatea rămâne un vis frumos, greu de atins în practică. Nu este de mirare că, în asemenea condiții, unii vorbesc despre „enigma dreptului comparat" (Örücü, 2004). Eforturile unor comparatiști de a legitima dreptul comparat ca un demers științific autonom produce disconfort celor care nu văd cu ochi buni ancorarea comparării juridice într-un purism științific savant și care se pronunță în favoarea unei mai reale și depline implicări a comparării juridice în practica juridică concretă. De asemenea, contextualizarea și abordarea profund interdisiciplinară creează un sentiment de insecuritate și lipsă de apartenență juriștilor care au fost educați în spiritul pozitivismului kelsenian pur (cum se întâmplă, de exemplu, în România).

Toate aceste atitudini critice dovedesc însă faptul că dreptul comparat este departe de a fi murit, departe de a-și fi pierdut actualitatea sau vigoarea științifică. În același timp, însă, pentru mulți comparatiști dreptul comparat este actual doar în măsura în care devine conștient de limitele sale hermeneutice și epistemologice, doar în măsura în care își asumă cu adevărat misiunea de a marca diversitatea juridică și, nu în ultimul rând, în măsura în care e capabil să ofere o metodologie credibilă, adecvată ambițiilor științifice ale disciplinei. Demersuri ca „noi direcții în dreptul comparat", „drept comparat critic" (*Critical Compartive Law*) sau „studii juridice comparative" (*Comparative Legal Studies*) sunt mărturii ale nevoii de relansare, de reconceptualizare, de redefinire metodologică la nivelul disciplinei. Lupta pentru actualitatea dreptului comparat poate însemna, pentru alții, o repudiere a ceea ce a însemnat și încă înseamnă compararea juridică la nivel mondial. Dreptul comparat se dorește astăzi a fi mai mult decât o simplă descriere a dreptului străin sau o simplă juxtapunere de norme juridice aparținând unor sisteme de drept naționale diverse. De asemenea, oricâtă importanță și relevanță ar avea compararea juridică pentru susținerea practică a unor fenomene ca unificarea sau circulația dreptului pe plan internațional, se consideră că dreptul comparat poate reprezenta mai mult decât un simplu instrument metodologic pus la îndemâna diverșilor actori ai dreptului. Fără a blama gratuit aceste moduri tradiționale de abordare și fără a încerca să le excludă brutal din panoplia largă a preocupărilor în materie de comparare juridică, adepții dreptului comparat critic, postmodern, atrag atenția că a compara în drept este și poate fi mult mai mult. Se încearcă și se reușește astăzi a se demonstra că dreptul comparat este actual în măsura în care

se distinge, prin obiectul de studiu, finalitățile şi metodologia pe care o propune, ca o ştiință juridică autonomă.

Secțiunea a 2-a. Titlul, scopul, conținutul şi structura manualului

Fiind convinşi de necesitatea şi actualitatea dreptului comparat, precum şi de importanța studierii acestuia ca disciplină autonomă în orice curriculum universitar, este util a face precizări clarificatoare cu privire la denumirea manualului, materia pe care o tratează şi modul în care aceasta este structurată.

Titlul – *Sisteme de drept comparate. Introducere în teoria generală a dreptului comparat* – ar putea nedumeri pe cei ce s-au obişnuit să frecventeze literatura franceză de specialitate, dominată de manuale de inițiere în dreptul comparat intitulate *(Les) Grands systèmes de droit contemporains*, ori s-au obişnuit cu săraca literatură românească de drept comparat dominată de manuale de genul *(Curs de) Drept privat comparat*. Denumirea manualului nostru nu anunță nici o cartografiere a geografiei juridice contemporane şi nici o analiză comparativă a dreptului privat contemporan. Titlul ar putea părea ciudat şi celor care sunt obişnuiți cu literatura de limbă engleză a dreptului comparat, unde titlul *Comparative Legal Systems* apare în mod frecvent, în condițiile în care se anunță o dezvoltare teoretică a problematicii generale a dreptului comparat. Toate aceste nedumeriri ar fi, în bună măsură, îndreptățite: manualul de față nu îşi propune să fie nici un exercițiu de taxonomie, fiind interesat dor tangențial de problema grupării sistemelor de drept naționale în familii juridice, şi nici o introducere ne-comparativă, pur descriptivă, în dreptul străin, demers pe care îl realizează mai toate manualele ce poartă denumirile mai sus amintite.

Demersul nostru porneşte de la ideea că dreptul comparat nu reprezintă un simplu demers metodologic aşezat la îndemâna specialiştilor în drept, autoproclamați sau nu comparatişti, în scopul soluționării unor probleme diverse apărute în procesul de predare a dreptului studenților, în procesul de edictare sau aplicare a legii, în materie de conflict internațional al normelor juridice ori în domeniul unificării naționale şi internaționale a dreptului. Acceptând perspectiva noului val critic, postmodern, în materie de comparare juridică, plecăm de la ideea că dreptul comparat este, prin specificitatea obiectului său de studiu, prin complexitatea perspectivelor sale metodologice, prin particularitatea şi diversitatea cunoaşterii pe care o produce, o **ştiință juridică autonomă**. Prin urmare, ne raliem criticii celor care condamnă lipsa de reflecție teoretico-metodologică în materie de

drept comparat. Acest manual se doreşte a fi, în consecinţă, o iniţiere într-o problematică diversă şi complexă ce pleacă de la definirea dreptului comparat, trece prin obiectul, funcţiile şi raporturile cu alte discipline, încearcă să clarifice metodologia, pentru ca, în final, să propună reflecţiei aspecte inedite, mai puţin cunoscute în literatura de specialitate din România.

Toate acestea încearcă să explice cititorului că dreptul comparat nu reprezintă doar ceea ce se înţelege pe scară largă astăzi în România: un demers de descriere a modului în care anumite sisteme de drept străine reglementează diverse instituţii juridice. Din nefericire, marea majoritate a celor care se consideră comparatişti ai dreptului şi aproape tot ceea ce înseamnă literatură juridică de drept comparat sau cu incursiuni în dreptul comparat nu se ocupă cu altceva decât cu simpla expunere a modului în care un sistem de drept străin sau altul reglementează o anume instituţie juridică. Se uită, de regulă, faptul că a compara înseamnă măcar a juxtapune, a scoate în evidenţă asemănări şi deosebiri între sistemele şi instituţiile juridice comparate. Pentru acest tip de comparatişti, a compara înseamnă a realiza un demers ştiinţific natural ce nu necesită niciun fel de aprofundare de ordin teoretico-metodologic. Dorim să provocăm cititorul la o perspectivă diferită, oferindu-i o bază teoretico-metodologică minimală necesară pentru a se lansa în studiul comparat al dreptului. Tocmai de aceea, atragem atenţia că, în urma lecturării acestei lucrări, studentul, masterandul, doctorandul, post-doctorandul şi cercetătorul versat al dreptului nu vor deveni comparatişti. Pentru aceasta e nevoie, aşa cum remarcam, de ani buni de experienţă şi reflecţie în materie. Toţi aceştia vor avea însă posibilitatea să ştie cel puţin de unde să pornească şi, eventual, ce cale să urmeze în analiza comparativă a dreptului.

În analiza problemelor clasice ale dreptului comparat (definiţie, obiect, raportul cu alte discipline, finalităţi şi metodologie) am apelat la o abordare în paralel a ceea ce se numeşte „drept comparat clasic" sau „drept comparat tradiţional", acoperind masa de idei vehiculată în literatura dreptului comparat între 1900 şi anii 1990, şi „dreptul comparat critic/postmodern" care acoperă perioada sfârşitului secolului al XX-lea şi începutului secolului al XXI-lea. Prin conservarea zestrei ideatice a dreptului comparat, avem posibilitatea să observăm dar şi să înţelegem mai bine evoluţia problematicii complexe în materie. Eliminarea sau expedierea în câteva fraze a tot ceea ce a produs literatura clasică a dreptului comparat ar fi lăsat cumva în umbră poziţionările ideatice ale noului curent postmodern, mai ales dacă avem în vedere faptul că al doilea curent este o reacţie critică dură la adresa celui dintâi.

Pe de altă parte, cititorul cât de cât avizat s-ar putea întreba de ce din toate curentele şi mişcările noi de idei în materie de drept comparat,

e.g. drept comparat şi teoria/filosofia dreptului, studiul critic al dreptului, drept comparat şi economie, drept comparat şi miezul comun al dreptului, drept comparat şi lingvistică, drept comparat şi feminism etc. am preferat să rezervăm capitole speciale doar pentru două astfel de direcţii, *i.e.* problematica transplantului juridic (drept comparat şi istoria dreptului) şi problematica dreptului înţeles prin prisma culturii (*law as culture*). Pe de o parte, primele aspecte, pe lângă faptul că ar fi încărcat considerabil cantitatea de informaţie din manual, presupun o analiză interdisciplinară susţinută, care nu face cu precădere obiectul acestei lucrări. Toate acele tendinţe în cadrul dreptului comparat sunt menţionate în manual, rămânând ca cel interesat să se îndrepte spre bibliografia recomandată pentru aprofundare. Pe de altă parte, problematica transplantului juridic şi cea a dreptului înţeles prin prisma culturii prezintă un interes deosebit pentru ştiinţa dreptului românesc, în general, şi pentru ştiinţa dreptului comparat, în special. Transplantul/importul juridic a fost, după cum bine se ştie, modalitatea prin care a fost construită cea mai mare parte a dreptului românesc modern. Acest subiect a dominat o bună parte de timp cultura românească, sub forma teoriei formelor fără fond. Astăzi, problematica transplantului juridic este la fel de actuală, mai ales în condiţiile în care sistemul de drept românesc este supus unor puternice presiuni din partea transplantului juridic european. Discutarea pe larg a acestor aspecte ni se pare a fi, prin urmare, mai mult decât relevantă. În acelaşi timp, perspectiva dreptului înţeles prin prisma culturii sau culturalismul juridic are o importanţă deosebită pentru înţelegerea atât a fenomenului generic de convergenţă a tradiţiilor juridice, cât şi pentru situaţia particulară a unificării dreptului (privat) european. Cum această perspectivă susţine că atât transplantul juridic cât şi convergenţa tradiţiilor juridice sunt imposibile, din cauza strânsei legături dintre drept şi cultura (juridică) în care el a luat naştere, instrumentele şi finalităţile UE sunt puse sub semnul întrebării. O asemenea dezbatere nu poate fi evitată de niciun jurist român interesat de problematica dreptului european.

Bibliografie

David, René, Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1992;

Grossfeld, Bernhard, *The strenght and weakness of Comparative Law,* Clarendon Press, Oxford, 1990;

Koopmans, Thijmen, *Comparative Law and the Courts*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 45/1996, pp. 545-556;

Kötz, Hein, *Comparative law in Germany today,* în L'avenir de Droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Société de législation comparée, Paris, 2000, pp. 17-32;

Markesinis, Basil, *Comparative Law – A Subject in Search of an Audience*, în Modern Law Review, vol. 53/1990, pp. 1-21;

Monateri, Pier Giuseppe, *Methods in Comparative Law: an Intellectual Overview,* în P. G. Monateri (ed.), Methods of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northhampton, 2013, pp. 7-24;

Olsen, Frances, *The Drama of Comparative Law*, în Utah Law Review, nr. 2/1997, pp. 275-280;

Örücü, Esin, *The Enigma of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004;

Reimann, Mathias, *Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age*, în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 1103-1119;

Reimann, Mathias, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 50/2002, pp. 671-700;

Sacco, Rodolfo, *One Houndred Years of Comparative Law,* în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 1159-1176;

Siems, Mathias M., *The End of Comparative Law,* în The Journal of Comparative Law, vol. 2/2007, pp. 133-150;

BCU IAȘI

Capitolul I. Scurtă perspectivă istorică

Secțiunea 1. Evoluția dreptului comparat pe plan mondial

O perspectivă diacronică asupra dreptului comparat poate avea în vedere, pe de o parte, apelul pragmatic, mai mult sau mai puțin voluntar, la comparare juridică făcut în contextul reformelor juridice naționale şi internaționale şi, pe de altă parte, modul în care gândirea juridică a luat atitudine, de pe poziții mai mult sau mai puțin ştiințifice, față de importanța şi modalitatea utilizării comparării juridice ca un instrument eficient în realizarea reformelor juridice şi dobândirea cunoaşterii pe plan juridic. E diferența între ceea ce cunoscuții comparatişti germani Zweigert şi Kötz numeau „drept comparat legislativ" şi „drept comparat ştiințific sau teoretic" (Zweigert & Kötz, 1998: 51). Este delicat de stabilit măsura în care ambele aspecte ar trebui să facă obiectul unui studiu istoric asupra dreptului comparat.

Dacă luăm în considerare „dreptul comparat legislativ", demersul analitic diacronic poate dobândi o dimensiune impresionantă în condițiile în care încă din Antichitate am putea descoperi proceduri de reformă juridică bazate pe apelul la dreptul străin. Dacă luăm însă în calcul compararea juridică înțeleasă ca o abordare conştientă, voluntară şi metodică a diferențelor şi a asemănărilor dintre mai multe ordini juridice, atunci dimensiunea temporală se restrânge considerabil la epoca dreptului modern (Constantinesco, 1997: 49). Observația lui J.-L. Constantinesco este pertinentă dacă avem în vedere definiția clasică a dreptului comparat. Dacă ne raportăm la accepțiuni mai noi ale dreptului comparat, având în vedere, de exemplu, compararea juridică înțeleasă ca analiză a diverselor forme de „transplant juridic", perspectiva istorică va fi din nou infinit mai bogată, în condițiile în care dezvoltarea dreptului prin intermediul importului juridic poate fi urmărită până în cele mai îndepărtate timpuri. Pe de altă parte, abordarea „dreptului comparat teoretic" este o sarcină mult mai uşoară, în condițiile în care acest demers s-a conturat cu claritate doar după 1900. Pentru a păstra un echilibru între nevoia de concizie şi nevoia de claritate, vom aborda, în cazul „dreptului comparat legislativ", doar acele aspecte care au precedat imediat şi au însoțit naşterea „dreptului comparat teoretic".

Este cert faptul că apelul făcut la dreptul străin în scopul reformării unei legislații „naționale" a însoțit şi a încurajat inevitabil analiza privind compararea juridică. Impulsionarea în scopuri practice a demersului comparativ a fost

B.C.U. "M. EMINESCU" IAȘI

cât se poate de evidentă în sec. al XIX-lea, când efervescența construcției juridice naționale nu a putut să ignore compararea juridică istorică, internă și externă (Zweigert & Kötz, 1998: 54 și urm.). Nu mai puțin, decuparea dreptului din cadrul abordărilor sistemice metafizice, speculative, „coborârea sa pe pământ" prin relativizarea sa, prin evaluarea sa istorică, rațională, științifică a avut și ea un impact pozitiv asupra dezvoltării dreptului comparat, prin impulsionarea curiozității științifice de a cunoaște sistematic alte sisteme de drept decât cel național. Trebuie menționat însă faptul că procesul de legitimare a dreptului comparat ca un demers teoretic, științific util, a întâmpinat rezerve serioase atât din partea pozitivismului juridic, cât și din partea curentelor filosofico-juridice care promovau în epocă particularitățile culturii juridice naționale. Pozitivismul juridic, sub forma agresivă practicată de școala franceză a exegezei Codului civil Napoleon (1804), a creat o tradiție a centrării exclusive a analizei științifice în materie juridică pe resursele dreptului intern; în același timp, școala istoricistă a lui Savigny a scos în evidență inutilitatea demersului comparativ prin singularizarea raportului dintre drept și *Volksgeist (caracterul național)*.

§1. Dreptul comparat și descoperirea alterității în drept (1800-1850)

Jalonând perioada anilor 1800-1850, dreptul comparat pus în slujba îmbunătățirii legislației naționale, a curiozității științifice sau filosofice, s-a manifestat ca un simplu demers de descoperire a alterității în drept, ca un simplu proces de informare (Constantinesco, 1997: 66-67), fără a urmări o comparare metodică propriu-zisă. Acest demers s-a intensificat pe măsură ce dreptul a dobândit din ce în ce mai mult și mai „agresiv" contururi naționale și s-a închis în spatele diverselor limbi oficiale ale statelor naționale moderne ale secolului al XIX-lea. În Germania, filosoful și juristul **A. von Feuerbach** (1775-1833), luând poziție față de Școala istorică a lui Savigny, a susținut necesitatea demersului comparativ în scopul unei mai bune cunoașteri a propriului sistem de drept. Parte a sistemului de drept general ce include dreptul tuturor popoarelor, dreptul fiecărui popor era evaluat în particularitățile sale etnice și sociale și făcea, alături de dreptul altor popoare, obiectul unei istorii universale a dreptului. Pe aceeași linie a abordării istorico-filosofice s-a axat civilistul **K.S. Zacharie** (1769-1843). Finalitatea abordării sale comparativ-istorice era, de această dată, relevarea principiilor juridice comune. În schimb, pentru penalistul **K.J.A Mittermaier** (1787-1867) informarea juridică pe baze comparative avea finalități pur practice, vizând îmbunătățirea legislației naționale. Acestuia i-a revenit și privilegiul de a înființa, în 1829, Revista critică de științe juridice și legislație străină

(*Kritische Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtssetzung des Auslandes*) în care s-au abordat în premieră, în cadrul unei cercetări comparative sistematice, instituții ale *common law*. Din nefericire, în 1856 revista dispare, peisajul juridic științific german fiind dominat în continuare de pozitivismul juridic axat pe dreptul național (Legeais, 2004: 402-403).

În **Franța**, debuturile comparării juridice au fost legate de activitatea unor practicieni ca **J.G. Foelix**, care, în scopul ameliorării legislației naționale, a înființat, în 1834, Revista străină și franceză de legislație și de economie politică (*Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*). De activitatea sa se leagă, indirect, și înființarea unei catedre de Istorie comparată a dreptului la Collège de France (1831), a unui curs de Drept penal comparat la Faculté de droit de Paris (1838) și a uneia de Drept penal și legislație penală comparată la Sorbona (1846). La fel ca și în Germania însă, demersul științific comparativ în drept s-a pierdut în exegeza pozitivistă a dreptului național.

În **Anglia**, compararea juridică a fost, mai curând, rodul necesităților de ordin practic rezultate din activitatea de comerț, dar și al jurisdicției specifice a lui Privy Council, instanța supremă a imperiului britanic menită să judece litigii aplicând normele mai multor sisteme de drept. Nu întâmplător, empirismul englez s-a concentrat pe exploatarea dreptului comparat ca metodă și nu ca știință juridică autonomă (Cairns, 2008: 133 și urm.). Au rămas de referință pentru această perioadă autori ca **W. Burge**, cu ale sale *Commentaries on Colonial and Foreign Laws* (1838), precum și **L. Levi**, cu ale sale *Commercial Law, Its Principles and Administration* și *The Mercantile Law of Great Britain Compared with the Codes and Laws of Commerce of the Following (59) Mercantile Countries* (1850-1851). De activitatea științifică a lui Levi se leagă și prima propunere de unificare internațională a dreptului, realizată pe baze comparative.

În **SUA**, în condițiile în care, după Războiul de Independență, dezvoltarea socio-economică și culturală s-a realizat prin distanțare față de tot ce era englezesc, dreptul comparat a găsit un sol propice pentru dezvoltare. Apariția sa este legată de activitatea instanțelor de judecată, fiind mai mult corolarul practicienilor decât al universitarilor. Apelul la tradiția dreptului civil/romano-germanică a reprezentat o constantă a activității judiciare cu profunde reverberații asupra învățământului juridic. De referință a rămas activitatea practică și teoretică a judecătorilor **J. Story** și **J. Kent**, *Comentariile* celui din urmă constituindu-se într-un reper doctrinar esențial pentru evoluția științei dreptului pe continentul american.

§2. Instituționalizarea dreptului comparat (1850-1900)

Ultimele decenii ale secolului al XIX-lea au cunoscut o revigorare a comparării juridice ce a culminat cu deja celebrul prim Congres internațional de drept comparat ce s-a desfășurat în anul 1900 la Paris, cu ocazia Expoziției mondiale. Utilizat ca o perspectivă metodologică favorită de către științele sociale, mai ales de către școlile etnologiei juridice (Constantinesco, 1997: 121 și urm.) și istoriei comparate a dreptului, dreptul comparat a dobândit, treptat, o expresie instituțională care i-a legitimat și consolidat poziția de ramură a științei dreptului (Zweigert & Kötz, 1998: 57-58). Astfel, în Franța a luat ființă, în 1869, Societatea de legislație comparată *(Société de législation comparée)*, al cărei periodic apare astăzi sub denumirea de *Revue internationale de droit comparé* (din 1949). O societate analogă celei franceze apărea în Germania, în 1894, sub denumirea de Asociația internațională pentru știința dreptului comparat și economie politică (*Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftlehre)*, după ce în 1878 luase ființă Revista de știința comparată a dreptului (*Zeitschrift fur vergleichende Rechtwissenschaft*). După același model francez apărea în Anglia, în 1894, *The Society of Comparative Legislation* cu al său periodic intitulat astăzi *International and Comparative Law Quarterly (1952).* În condițiile în care febra codificării cuprinsese întreg mapamondul, demersul comparativ s-a redus, așa cum sugerează și denumirile diverselor societăți și reviste, la o simplă traducere sau juxtapunere de coduri și legislație străină (Constantinesco, 1997: 93-94). Totuși, această activitate intensă în materie de drept comparat legislativ a avut un rol destul de important în pregătirea a două dintre cele mai importante coduri civile ale Europei: Codul civil german (1900) și Codul civil elvețian (1912) (Schwenzer, 2008: 74-75).

Dezvoltarea dreptului comparat ca disciplină în curricula universitare a luat și ea, treptat, proporții. La Paris au apărut succesiv, o catedră de Drept maritim și comercial comparat (1892), una de Drept constituțional (1895), iar în 1902 una de Drept privat comparat deținută, printre alții, de R. Saleilles și Levy-Ullmann. O catedră de Jurisprudență istorică și comparată *(Historical and Comparative Jurisprudence)* apărea la Oxford (1869) sub conducerea lui **H. Maine**, iar în 1894 o catedră de Istoria dreptului și drept comparat apărea la University College în Londra. Surprinzător este faptul că Germania, considerată creuzetul privilegiat al nașteri comparativismului juridic modern, nu cunoscuse până la 1900 apariția unor catedre de drept comparat.

§3. De la abordarea formal juridică la abordarea contextuală (1900)

Rezultatul cel mai important al acestui parcurs al dreptului comparat la nivel instituțional a fost organizarea, de către Societatea franceză de legislație comparată, a **primului Congres internațional de drept comparat (Paris, 1900)**. Evenimentul științific parizian nu era prima abordare a dreptului comparat făcută în cadrul unui congres internațional. Încă din 1862, Asociația internațională pentru progresul științelor sociale organizase un congres la Bruxelles, unde prima secțiune fusese dedicată „studiului legilor civile, politice și penale în diverse țări" (Clark, 2000-2001: 874). Congresul de la Paris a fost însă primul care s-a aplecat exclusiv asupra dreptului comparat, primul care a încercat să-i confere o legitimitate științifică în calitate de disciplină juridică autonomă și de știință autonomă, primul care a ridicat și a încercat să soluționeze problemele teoretice delicate privind definiția, scopul, funcțiile și metoda dreptului comparat. Nu întâmplător, în consecință, Congresul de la Paris a fost considerat ca fiind „actul de naștere al dreptului comparat modern" (Gutteridge, 1953: 38).

În ceea ce privește **metoda comparativă**, a rămas de referință raportul prezentat de **R. Saleilles** Comitetului de organizare cu privire la utilitatea, scopul și programul congresului. Așezându-l cu prioritate în slujba îmbunătățirii dreptului (civil) național (Jamin, 2000: 739), Saleilles propunea un demers comparativ în trei etape – observație, comparare, adaptare. Remarcabila sa noutate consta în depășirea dreptului perceput exclusiv prin prisma izvoarelor sale formale (coduri, legi etc.) și înțelegerea dreptului în contextul său etnic/național, social și cultural. Interesul pentru contextualizare survenea în condițiile analizei unui fenomen des întâlnit în epocă – apropierea legislațiilor – atât în dimensiunea sa teoretică, precum și în cea practică. Apelul la istorie devenea esențial în momentul în care, în cadrul etapei adaptării, urmau să se contureze efectele întâlnirii dintre un model juridic importat și societatea importatoare (Clark, 2000-2001: 876). Metodologia propusă de Saleilles legitima, în consecință, atât utilizarea abordării sociologice, precum și a celei istorice în cadrul dreptului comparat înțeles atât ca o **știință juridică auxiliară**, cât și ca o **știință juridică autonomă**. Un alt raportor al congresului, **E. Lambert**, a relevat, la rândul său, importanța împletirii metodelor specifice științelor sociale, inclusiv istoria comparată a instituțiilor, cu compararea legislațiilor (incluzând doctrina și jurisprudența). Valorificarea dreptului comparat deopotrivă ca știință socială și știință juridică era considerată benefică pentru a scoate în evidență atât legătura evoluției dreptului cu contextul său socio-economic, cât și fondul comun al instituțiilor juridice aparținând diverselor sisteme de drept contemporane.

În acest context metodologic, atenția participanților la congres s-a concentrat inevitabil pe **scopurile/funcționalitățile** dreptului comparat. Înțeles, pe de o parte, ca o **știință juridică auxiliară**, dreptului comparat i se asumau finalități deja recunoscute și exploatate, precum utilizarea sa ca o metodă didactică, influențarea politicii legislative și a legislației unei națiuni, ameliorarea dreptului național prin intermediul influențelor exercitate asupra doctrinei și jurisprudenței. Înțeles, pe de altă parte, ca o **știință juridică autonomă**, dreptul comparat era pus în slujba unui proiect generos de unificare a dreptului. Fie că urma să stea la baza unui „drept (comercial, n.n.) comun al umanității civilizate" permițând descoperirea legilor eterne și universale ale omenirii (Saleilles), fie la baza unei „continue apropieri între legile diverselor state" pe baza fondului comun aparținând sistemelor de drept ale unor state cu același nivel de civilizație (Lambert), fie la baza „unificării dreptului civil și comercial al popoarelor având aceeași civilizație" (de la Grasserie), dreptul comparat era văzut ca un instrument eficace de inginerie juridică menit să estompeze diferențele juridice în favoarea uniformității juridice. În mod paradoxal, acest mod de a înțelege dreptul comparat și finalitățile sale nu avea nimic de a face cu compararea propriu-zisă. A compara înseamnă a postula diversitatea, iar mentalitatea universalistă, bazată pe ideea găsirii unor soluții juridice unice, se îndepărta de mentalitatea pluralistă, necesară validării diversității în drept (Sacco, 2000-2001: 1166).

În timp ce Saleilles și Lambert susțineau abordarea socio-culturală și economică a dreptului în scopul promovării unicității/uniformității juridice, alți participanți la congres plecau de la același tip de abordare pentru a susține totuși **pluralismul / diversitatea juridică**. Având ca reper celebra lucrare a lui Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (1784), **A. Weiss** scotea în evidență diversitatea extraordinară a dreptului, condiționată de geografie, climat, tipul de viață, vreme, religie, comerț, morală și moravuri. Această diversitate putea fi dezvăluită, în opinia lui **G. Tarde**, prin utilizarea observației empirice în dreptul comparat, menită să surprindă dreptul viu reflectat în dezbaterile actorilor scenei juridice.

Din toate aceste atitudini științifice față de problematica dreptului comparat se pot desprinde o serie de aspecte care se vor constitui, în timp, în tot atâtea direcții de valorificare și cercetare a comparării juridice:

a. Dreptul nu mai poate fi abordat exclusiv prin prisma izvoarelor sale formale; exegeza abstractă trebuie să facă loc descoperirii dreptului viu, dreptului în mișcare, dreptului în context. Se creează astfel premizele depășirii comparării juridice înțeleasă ca **legislație comparată;**

b. Având în vedere acest lucru, sub aspect metodologic, compararea propriu-zisă trebuie să meargă dincolo de simpla prezentare a legislațiilor străine și să fie însoțită de o abordare jurisprudențială, doctrinară, sociolo-

gică şi istorică. Prin această perspectivă, se face trecerea de la legislația comparată la **dreptul comparat** (Ancel, 1971: 18-20);

c. Demersul comparativ al diverselor sisteme de drept național, în contextul lor socio-istoric, a determinat o preocupare prioritară pentru evidențierea similarității în drept, descoperită fie într-un **drept/fond comun al umanității civilizate**, fie în procesul de **uniformizare/armonizare a legislațiilor**, fie conturată în gruparea sistemelor de drept naționale în **familii juridice**; acest demers a fost preocupat cu prioritate de sistemele de drept ale națiunilor civilizate, în special europene, *i.e.* Franța, Germania, Italia; el a fost deci profund eurocentric şi centrat pe familia juridică romano-germanică;

d. Abordarea socio-istorică a determinat şi o valorificare a diferențelor între diversele sisteme de drept naționale, conturând o direcție de exploatare a comparării juridice pe bazele diversității şi **pluralismului juridic**; în acest context, studiul dreptului roman a constituit pentru şcoala engleză a dreptului comparat un instrument util în descoperirea şi înțelegerea dreptului continental european.

e. În condițiile în care dreptul comparat şi-a păstrat ca funcție practică esențială contribuția la ameliorarea legislației naționale, s-au manifestat şi primele preocupări teoretice pentru condițiile, limitele şi şansele de succes ale importului/**transplantului juridic**.

§4. Dreptul comparat în prima jumătate a secolului al XX-lea: naşterea metodei funcţionaliste

Puternic marcată de optimismul scientologic al epocii, abordarea comparativă a dreptului se concentrează în această perioadă asupra unificării dreptului pe plan național şi, mai ales, internațional. Convingerea că instrumentele raționale şi obiective ale demersului științific pot să contribuie la apariția unui „drept mondial al secolului al XX-lea" (Levy-Ullmann) a amplificat accentul pus pe similitudine, unicitate şi uniformitate juridică în defavoarea diversității şi pluralismului juridic. Acest curent ideatic s-a manifestat cu prioritate în cadru instituționalizat, diversele institute şi asociații internaționale în materia comparării juridice asumându-si statutar şi programatic proiectul dreptului uniform.

În prim plan au ieşit inițiativele Societății națiunilor de a înființa un Institut internațional pentru unificarea dreptului privat – *UNIDROIT* (1926) – şi un Birou internațional pentru unificarea dreptului penal. Aceeaşi preocupare pentru unificarea dreptului s-a regăsit şi în cadrul diverselor congrese internaționale de drept comparat organizate în epocă. Un Congres universal al juriştilor şi avocaților ce s-a desfăşurat în 1904 la St. Louis (SUA) şi-a propus să discute limitele şi metodele uniformizării juridice, iar cel

de-al 2-lea Congres internațional de drept comparat desfășurat, în 1932, la Haga, sub egida proaspăt înființatei **Academii internaționale de drept comparat** (1924) şi-a asumat ca principal obiectiv „studiul dreptului comparat bazat pe o fundație istorică şi îmbunătățirea legislației în diverse state – în mod special în materie de drept privat – prin intermediul armonizării sistematice a legilor" (Clark, 2000-2001: 888 şi urm.).

Institute de drept comparat au continuat să apară de-a lungul perioadei, cu precădere în mediul universitar. Un Institut de drept comparat apărea la universitatea din Munchen (1916) sub conducerea lui Rabel, urmat de înființarea la Berlin, sub conducerea aceluiaşi celebru comparatist german, a Institutului Kaiser-Willhelm pentru drept internațional privat (1926). În Franța, un institut de drept comparat, condus de Lambert, apărea la universitatea din Lyon (1920), iar altul, înființat de Levy-Ullmann, apărea la Universitatea din Paris în 1932.

Între timp, dreptul comparat şi-a reconsiderat atât finalitățile, cât şi modul de abordare, odată cu opera ştiințifică a comparatistului german **E. Rabel**. Atenția sa s-a mutat de la problematica generală a dreptului universal sau unificat spre o abordare concretă, axată pe analiza unor probleme particulare. Rabel a valorificat, la rândul său, abordarea contextuală a dreptului, scoțând în evidență rolul pe care istoria, geografia, climatul, rasa, ideologiile, economia, societatea îl joacă în edificarea dreptului (Kötz, 2000: 18). Specific metodei sale însă este demersul comparativ ce aşază față în față nu instituții, norme, legi sau coduri ci soluțiile juridice pe care diversele sisteme de drept naționale le dau aceleiaşi probleme sociale (Zweigert & Kötz, 1998: 61). Puse în context social, normele şi instituțiile juridice nu mai sunt doar părți ale unui sistem de drept, ci soluții juridice date unor anumite probleme sau nevoi sociale. În consecință, forma juridică a fost înlăturată în favoarea funcției pe care o instituție juridică sau alta o îndeplineşte într-o anume societate. Identificat cu **metoda funcționalistă**, acest tip de abordare se va contura în timp ca metodologia cea mai propice studiului comparat al dreptului. Fructificarea practică a acestei metode s-a realizat în 1935 prin publicarea unui prim proiect al *Uniform Sales Law* de către un comitet al Institutului pentru unificarea dreptului privat din Roma (1926). Acesta a avut la bază munca lui E. Rabel în materie de vânzare internațională a bunurilor, desfăşurată, începând cu 1929, în calitate de membru al bordului Institutului. Cercetarea lui Rabel, bazată pe metoda funcționalistă, precum şi primele ei roade din anii 1930, vor sta la baza actelor internaționale adoptate în materie de vânzare internațională a bunurilor, în anii 1960 şi 1980. Nu în ultimul rând, intrată în contact cu şcoala americană a abordării cazuistic-inductive, metoda funcționalistă a avut o influență seminală asupra **metodei cazuistice/factuale** dezvoltate în SUA

de R. B. Schlesinger şi G. Gorla, începând cu anii 1950, cu precădere în materia dreptului contractual.

În acest context, are loc o lărgire a sferei de interes a comparatiştilor dincolo de limitele a ceea ce se va numi familie juridică proprie. În Europa, dreptul comparat „dualist" (M. Ancel), bazat pe compararea codurilor civile francez şi german, va lua act de particularităţile şi alteritatea familiei juridice a *common law*. Vechea idee a lui E. Lambert, conform căreia puteau fi comparate doar sisteme de drept înrudite, era astfel lăsată în urmă. În acelaşi timp, pe continentul nord-american, interesul pentru dreptul european continental (numit „tradiţia dreptului civil") s-a manifestat atât la nivel instituţional – la nivelul preocupărilor Asociaţiei americane de drept străin –, cât şi la nivelul activităţii ştiinţifice a unor remarcabili profesori, ca să-l amintim doar pe J.H. Wigmore (Ancel, 1971: 24-25). Un rol esenţial în acest demers l-a avut noua metodă funcţionalistă care a demonstrat că limitarea comparabilităţii în drept doar la sistemele de drept cu o structură şi concepte similare reprezintă o prejudecată, structurile, metodologiile, stilurile diferite nefiind altceva decât soluţii juridice diferite pentru acelaşi tip de problemă socială.

Dincolo de aceste evoluţii, a început să se înfiripeze la începutul secolului al XX-lea o mişcare de idei care, desprinsă de abordarea tradiţională pozitivistă în dreptul comparat, a manifestat un interes tot mai intens pentru abordarea comparativă a dreptului în perspectivă socio-juridică. Sunt primele semne de manifestare ideologică a ceea ce se va contura treptat ca **drept comparat şi societate** şi care a oferit dreptului comparat o dimensiune profund interdisciplinară. Apariţia i se datorează interesului fondatorilor diverselor curente filosofico-juridice pentru o perspectivă complexă, sociologică, asupra dreptului. Fondatorii curentului filosofico-juridic sociologic, reprezentat în Germania de R. Von Ihering, iar în SUA de R. Pound, au fost primii interesaţi să depăşească abordarea formală a dreptului (Clark, 2012: 22). Au fost urmaţi de adepţii realismului juridic, reprezentaţi, printre alţii, în Germania de H. Kantorowitz, în Franţa de F. Geny, iar în SUA de K. Llewellyn.

§5. Dreptul comparat în a doua jumătate a secolului al XX-lea şi începutul secolului al XXI-lea

După cel de-Al Doilea Război Mondial, explozia dreptului comparat a dat expresie nevoii de apropiere şi înţelegere între naţiuni, precum şi tendinţei tot mai clare de globalizare în plan social, economic şi juridic. Studiul comparativ al dreptului s-a intensificat în plan instituţionalizat, numărul institutelor, al congreselor, al conferinţelor şi al revistelor specializate în drept

comparat fiind tot mai mare. Predarea dreptului comparat în facultățile de drept naționale a luat dimensiuni impresionante, iar Facultatea internațională de drept comparat de la Strasbourg a devenit un reper de referință în pregătirea specialiştilor în compararea juridică. Numărul comparatiştilor în drept a crescut exponențial, ceea ce a determinat o diversificare considerabilă a literaturii de specialitate, precum şi a tematicii abordate. Privind însă lucrurile în evoluția lor istorică, se poate remarca faptul că marea majoritate a problemelor şi a temelor de dezbatere în dreptul comparat au fost dezvoltări ale preocupărilor ştiințifice ale generației de aur de la 1900 şi din epoca interbelică. Aşa cum remarca D. S. Clark, cu ocazia centenarului primului congres de drept comparat, „(...) deşi diversitatea şi calitatea lucrărilor (de drept comparat, n.n.) s-a îmbunătățit, ideile de bază existau deja acum un secol" (Clark, 2000-2001: 894). Astfel, putem întâlni în literatura de specialitate de astăzi următoarele direcții de abordare:

a. Divizarea geopolitică a lumii după cel de-Al Doilea Război Mondial a determinat, într-o primă fază, un interes deosebit pentru diversitatea şi pluralismul juridic. Acest demers şi-a găsit expresia în **gruparea sistemelor de drept naționale în mari sisteme de drept sau familii juridice**, în baza identificării unor elemente comune care să le confere identitate şi care, în acelaşi timp, să le diferențieze de alte sisteme de drept. A rămas celebră, în acest sens, lucrarea francezului René David – *Les grands systèmes de droit contemporains* (prima ediție -1964, ultima ediție, a 11a – 2002) în care autorul propune prima grupare a sistemelor de drept naționale ce ia în calcul întreaga geografie politico-juridică mondială de după Al Doilea Război Mondial. Demersul său a fost şi este urmat de alți comparatişti, mai toți simțindu-se obligați să-şi spună punctul de vedere cu privire la acest aspect şi să propună o grupare proprie a sistemelor de drept naționale. Taxonomia clasică a sistemelor de drept sau a familiilor juridice este contestată la începutul secolului al XXI-lea, numeroase voci încercând să găsească alternative viabile de abordare a multiplicității sistemelor de drept naționale prin care să evite tradiționalul eurocentrism şi prin care să surprindă corect dinamica extraordinară a dreptului în zilele noastre. În general, cu excepția planului didactic (şi nici asta peste tot), problematica familiilor juridice a început să intre într-un serios con de umbră ştiințifică.

b. În acest context, a apărut o preocupare pentru **depăşirea preocupării exclusive şi excesive pentru dreptul privat**, care a făcut obiectul legislației comparate şi macrocomparației decenii de-a rândul, precum şi pentru depăşirea abordării profund eurocentrice ce a caracterizat în mod tradițional dreptul comparat.

c. Abordarea dreptului în perspectivă istorică a rămas una din constantele esențiale ale dreptului comparat contemporan. Cunoscută astăzi sub

denumirea de **drept comparat şi istorie juridică** (*comparative law and legal history*), această perspectivă este utilizată atât de către cei care identifică dreptul comparat cu dezvoltarea istorică a dreptului prin intermediul **transplantului juridic**, cât şi de cei care urmăresc să edifice astăzi un **novum ius commune europaeum** prin apelul făcut la rădăcinile romane comune ale dreptului european (Örücü, 2002: 3). Se conturează aici o mai mult sau mai puţin aparentă tensiune între perspectiva istorică ce dovedeşte faptul că dreptul se află într-o permanentă schimbare (şi) prin intermediul importului juridic şi perspectiva istorică ce încearcă să scoată în evidenţă constante comune ale dreptului în diverse spaţii juridice naţional-statale.

d. Necesitatea analizei dreptului în contextul său social a determinat o permanentă evaluare antropologică şi sociologică a relaţiei dintre drept şi societate. **Analiza dreptului în context**, în sensul larg al cuvântului, a devenit astăzi universală, chiar obligatorie, în dreptul comparat, fiind exploatată atât din perspectiva clasică a lui Rabel cât şi din perspectiva critică, postmodernă, a dreptului comparat. În acest din urmă caz, contextul a fost căutat în ideea generală de cultură (*law in culture*), mergându-se până la a se considera dreptul a fi un pur produs cultural (*law as culture*), a fost descoperit în structurile mentale ale actorilor dreptului (*law in minds/comparative law and jurisprudence*) ori în aspectele de eficienţă economică (*law and economics*). Contextul a mai fost descoperit în modul în care actorii dreptului, în special judecătorii, interpretează şi pun în practică legile sau chiar creează drept. Este vorba de ceea ce se numeşte generic **analiza dreptului în acţiune** (*law in action*), menită să scoată în evidenţă toţi acei factori, numiţi de Sacco „formanţi ai dreptului" sau „cryptotipuri" (Sacco, 2000-2001: 1169), care evidenţiază modul în care legiferarea, adjudecarea judiciară şi elaborarea doctrinară contribuie la crearea dreptului. În general, tot ceea ce înseamnă analiză contextuală şi-a asumat sarcina de a înţelege prin drept mai mult decât simpla normă juridică sau textul de lege în ansamblu. Ancorată într-o dinamică a dreptului ce a fost încă acuzată de pozitivism juridic (Grande, 2008: 127)[1], teoria lui Sacco a cunoscut dezvoltări de natură interdisciplinară care, prin valorizarea unor meta-formanţi juridici, a scos în evidenţă contextul larg, nejuridic, în care normele juridice se nasc, operează şi produc efecte (*idem*). Contextualizarea în dreptul comparat pleacă de la textul juridic pentru **a înţelege cu adevărat diversitatea juridică**, prin prisma contextului. În acest sens, s-a manifestat un interes tot mai mare pentru **problematica traducerii conceptelor juridice** dintr-o limbă în alta, limba şi limbajul juridic fiind considerate definitorii pentru înţelegerea corectă a dreptului în context.

[1] A se vedea *infra*, Capitolul VII, Secţiunea a 3-a, subsecţiunea 2.4.

e. Interesul pentru analiza contextualizată a dreptului s-a manifestat şi prin continuarea considerabilei şi fructuoasei interacţiuni dintre mişcarea „drept şi societate" şi dreptul comparat începută în prima jumătate a secolului al XX-lea. Axată fundamental pe postularea pluralismului juridic, a diversităţii cultural-juridice, această interacţiune se manifestă radical împotriva moştenirii ideologice a secolelor al XIX-lea şi al XX-lea, centrată pe naţionalism, statism, monism şi pozitivism (Clark, 2012: 34). Acest demers a condus la o creştere considerabilă a interdisciplinarităţii în dreptul comparat, prin intermediul contribuţiei majore pe care diversele discipline socio-juridice au avut-o în cercetarea fenomenului juridic în perspectivă socio-comparativă. Astfel au luat naştere direcţii de cercetare noi care pot fi delimitate ca sub-discipline ale dreptului comparat sau care chiar s-au delimitat ca discipline distincte: *e.g.* **sociologia comparată a dreptului, criminologie comparată, antropologia comparată a dreptului, drept comparat şi economie, drept comparat şi economie politică, drept comparat şi psihologie juridică.**

f. Aspiraţiile spre universalitate şi demersul de creare a unui drept comun legislativ nu au dispărut, dar au luat forma unor proiecte concrete mai modeste, cu caracter regional. Având în vedere obiectivele specifice ale construcţiei politice, economice şi juridice la nivelul UE, dreptul comparat s-a concentrat, la nivelul continentului european, pe evidenţierea similarităţii în drept şi, în consecinţă, pe edificarea unui **drept european unificat.** Cu tot acest interes acordat convergenţei juridice europene, dreptul comparat este acuzat a fi încă destul de insensibil la problematica dreptului transnaţional, dreptul UE, dreptul comercial internaţional, marile firme internaţionale ori diversele curţi internaţionale făcându-şi cu greu loc în preocupările comparatiştilor dreptului (Reimann, 2000-2001: 1111-1113).

g. S-a remarcat, treptat, o creştere a interesului pentru finalităţile practice ale dreptului comparat. **Dreptul comparat legislativ** a rămas o constantă a preocupărilor comparatiştilor, cu o schimbare de perspectivă, în contextul declanşării dezbaterilor pe marginea problematicii transplantului juridic şi a succesului tot mai evident al convergenţei juridice europene. Pe lângă aceasta, rolul jucat de **dreptul comparat în instanţele judecătoreşti** naţionale şi internaţionale a început să capteze tot mai intens atenţia comparatiştilor.

h. În acelaşi context al construcţiei juridice europene, o evaluare postmodernistă a dreptului scoate în evidenţă necesitatea postulării diversităţii în drept şi a menţinerii **pluralismului juridic.** Fără a ignora *ab initio* o perspectivă globală asupra dreptului, acest lucru presupune eliminarea culturii juridice occidentale a secolului al XX-lea orientată spre statul-naţiune, profund seculară, pozitivistă, preocupată de dreptul edictat de sus în jos,

centrată pe cultura occidentală, lipsită de interes pentru analiza empirică şi universalistă în materie morală (Twining, 2007: 77).

i. Perspectiva pluralismului juridic, îmbinată cu perspectiva transplantului juridic, a condus la o dezvoltare fără precedent a **analizei dreptului mixt/ sistemelor de drept mixte.** Acestea nu mai sunt înțelese doar ca o familie juridică aparte, ci ca un mixaj de tradiții/sisteme de drept realizat, cel mai adesea, prin intermediul importului juridic.

Secțiunea a 2-a. Evoluția dreptului comparat în România

Epoca de aur a dreptului comparat românesc s-a derulat în prima jumătate a secolului al XX-lea, într-o Europă profund marcată de febra comparativismului juridic născut şi răspândit pe întregul continent după Congresul internațional de drept comparat de la Paris (1900).

Literatura românească de drept comparat este realmente bogată în această perioadă. Numeroase studii, articole şi manuale de drept comparat au fost publicate de comparatiştii români în România şi peste hotare. Ele au abordat un larg evantai de probleme specifice dreptului comparat, plecând de la teoria generală a comparării juridice şi culminând cu descrierea şi juxtapunerea unor diverse instituții aparținând dreptului public şi privat.

În mod natural, într-o epocă în care pretutindeni studiul dreptului comparat era confiscat de interesul pentru dreptul privat, doctrina românească de drept comparat era dominată de susținătorii abordării acestei diviziuni a dreptului, în special de cei preocupați de analiza comparată a dreptului civil. În general, analiza comparată a dreptului realizată în epocă a fost una direcționată, datorită nevoii doctrinei româneşti de drept civil de a fi încontinuu conectată cu cea mai importantă sursă a Codului Civil din 1864, *i.e.* Codul Civil francez din 1804. În acest context pot fi descoperite lucrări monumentale, *e.g.* V. C. Nacu, *Comparație între Codul civil român şi Codul Napoleon* (Bucureşti, 1898); D. Alexandrescu, *Dreptul vechi şi modern al României. Studiu de legislație comparată* (Bucureşti, 1897) şi *Explicație teoretică şi practică a dreptului civil român în comparație cu vechile legislații şi principalele legislații străine*, 11 volume (Bucureşti, 1906-1926). În acelaşi spirit, pot fi amintite operele: T. Ionaşcu, *De la possession et de la prescription acquisitive en France et Roumanie. Le particularisme du droit civil roumain en matière de possession et de prescription acquisitive*, în Recueil d'études de droit civil à la mémoire du professeur Henri Capitant (Paris, 1939), pp. 327-353; T. Ionaşcu, *Des libéralités en France et en Roumanie*, în Livre souvenir des journées de droit civil français (Paris-Montréal,

1936); C. Ionescu, *Introducere în dreptul civil comparat* (Bucureşti, 1925); T. Ionaşcu, *Studii de drept civil comparat şi aprofundat* (Iaşi, 1925). Dincolo de analiza comparativă necesară în interiorul familiei romano-germanice, câteva studii au fost dedicate tradiției juridice *common law*: G. Iorgu, D. Popescu, *Le droit de rétention en droit anglais* (Paris 1930); I.G. Lipovanu, *Egalitate şi contract, studiu de drept civil comparat* (Iaşi, 1946). În ciuda interesului covârşitor pentru compararea în materie de drept civil, cercetarea comparativă în materie de drept public, în special în materie de drept constituțional şi administrativ, a fost prezentă în epocă: I.G. Vântu, *Introducere în studiul dreptului public comparat* (Bucureşti, 1944); A. Văleanu, *Controlul de constituționalitate al legilor în dreptul român şi în dreptul comparat* (Bucureşti, 1936). Manualele şi monografiile de drept comercial comparat şi drept penal comparat nu au lipsit nici ele din peisajul ştiințific: T. Stelian, *Drept comercial comparat* (Bucureşti, 1916); C-tin Stoeanovici, *Drept comercial comparat* (Bucureşti, 1924); M. Hacman, *Drept comercial comparat*, 2 vol. (Bucureşti, 1930-1932); T. Stelian, *La faillite. Etude de la législation comparée et de droit international* (Paris, 1885); T. Pop, *Drept penal comparat. Partea generală*, 2 vol., Cluj, 1923; V. Dongoroz, *Curs de drept penal comparat şi aprofundat* (Bucureşti, 1945). Din nefericire, nicio revistă special dedicată dreptului comparat nu a existat în epocă, în schimb diverse teme de drept comparat au fost abordate în reviste juridice ca: Dreptul, Revista de drept public şi Revista română de drept privat.

Problematica teoriei generale a dreptului comparat, centrată pe analiza obiectului, naturii, funcțiilor şi metodei a fost, de obicei, abordată în manualele de Drept (civil) comparat (Ionescu, 1925) şi doar în mod exceptional în monografii expres dedicate (Băileanu, 1926). Ultimul tip de abordare a fost legat mai curând de activitatea ştiințifică a lui Al. Oteteleşanu, autor al unor lucrări apreciate în materie de drept comparat, printre care se remarcă *Esquisse d'une théorie générale de la science du droit comparé*, publicat la Paris (1940).

Un important pas spre dezvoltarea cercetării dreptului comparat în România a fost înființarea, în 1924, a Societății române de legislație comparată (SRLC). Fiind prima societate națională afiliată Societății franceze de legislație comparată (Ionaşco, *1969:* 495; 506-507), SRLC s-a remarcat datorită unei intense activități ştiințifice naționale şi internaționale. Sub patronajul ei ştiințific au ținut conferințe publice în România o serie de personalități ale comunității internaționale a specialiştilor dreptului comparat, ca să-i amintim doar pe L. Duguit, H. Capitant şi L. Josserand. Activitatea SRLC a cunoscut apogeul în momentul în care s-a lansat Buletinul ei ştiințific, editat în limba franceză. O serie de comparatişti bine-cunoscuți ai momentului *e.g.* G. Ripert, H. Capitant, L. Josserand, M. Sarfati şi G. del Vecchio, pentru a men-

ţiona doar câţiva din cei mai iluştri (Zlătescu, Moroianu Zlătescu, 1993: 416), au contribuit la creşterea prestigiului publicaţiei. Cea mai mare parte a contribuţiilor publicate în Buletin de către autorii români şi străini (majoritar francezi) s-au concentrat pe descrierea şi juxtapunerea dreptului francez cu cel român, puternic îndatorat celui dintâi. Această abordare comparativă, restrânsă ca finalitate, a contribuit intens la o continuă întrepătrundere şi înţelegere reciprocă în plan cultural-juridic între cele două sisteme de drept naţionale. Sistemul de drept francez a reprezentat de asemenea, fundalul ştiinţific aproape obligatoriu al unui important număr de teze de doctorat susţinute la Paris de doctoranzi români, cu toate că pot fi remarcate şi câteva perspective comparative care transcend reperul ştiinţific francez (Eminescu, 1989: 737 şi urm.).

Predarea Dreptului comparat la nivel universitar a fost reprezentată de existenţa a două catedre de Drept civil comparat ce au fost introduse în curriculum-ul universitar la sugestia lui N. Titulescu, la facultăţile de drept ale Universităţilor din Bucureşti (1930) şi Iaşi. Nu întâmplător, catedrele de drept comparat au fost ocupate de reputaţi specialişti în drept civil. De-a lungul timpului, creşterea interesului academic pentru problematica teoretică generală a dreptului comparat a reprezentat un impuls deosebit pentru abordarea ei în cursuri special dedicate. Ca urmare a preocupării lui Oteteleşanu pentru predarea dreptului comparat, un curs de teoria generală a ştiinţei dreptului comparat a fost ţinut la Universitatea Bucureşti înainte de instaurarea regimului comunist (Oteteleşanu, 1947; Viforeanu, 1947).

General vorbind, rezultatele studiului comparat al dreptului în perioada interbelică au fost destul de nesatisfăcătoare pentru un comparatist ca Oteteleşanu care semnala, în 1938, o mai mare nevoie de reflecţie teoretică şi metodologică, printre doctrinarii români, cu privire la acest domeniu ştiinţific ce îşi reclama intens autonomia (Oteteleşanu, 1938: 5 şi urm.). Oricum, această epocă ar trebui să fie premiată cel puţin pentru abordarea comparativă critică pe care a cunoscut-o cu privire la continua interacţiune între sistemele şi culturile juridice română şi franceză.

În schimb, era comunistă a însemnat nu doar **decăderea abordării comparative în drept,** ci şi schimbarea de perspectivă asupra dreptului comparat, atât la nivel academic, cât şi la nivel practic. Din punct de vedere metodologic, doctrina românească a dreptului comparat s-a raliat analizei strategice diferenţiate a dreptului socialist faţă de familia dreptului occidental sau „burghez". În rest, schimbarea orizontului de import juridic, de la dreptul occidental la dreptul sovietic, nu a încurajat o abordare comparativă care să depăşească pura descriere sau juxtapunere a textelor de lege în interiorul familiei dreptului socialist (Ionaşco, 1969, 508 şi urm.). Cu toate acestea, abordările meritorii nu au lipsit cu desăvârşire, *e.g.* Y. Eminescu

şi T. Popescu, *Les Codes Civils des Pays Socialistes. Etude comparative* (Bucureşti: Editura Academiei RSR, 1980). Din nefericire, interesul pentru teoria generală a dreptului comparat, reflectat în lucrări special dedicate, a scăzut dramatic în această perioadă. Au existat puține excepții la această tendință, în special în cadrul cercetării juridice realizate în afara universităților, *e.g.* lucrările lui V.D. Zlătescu şi D. Gheciu privind marile sisteme juridice ale lumii şi metoda comparativă, care au ținut viu un relativ interes pentru reflecția teoretică asupra dreptului comparat, precum şi lucrările Sofiei Popescu privind metoda dreptului comparat (Gheciu, 1967; Zlătescu, 1968; Zlătescu şi Gheciu, 1968; Popescu, 1970).

Din punct de vedere instituțional, perioada nu a cunoscut, în afară de câteva inserții în revistele juridice generaliste, niciun interes pentru publicarea unei reviste special dedicate dreptului comparat. De asemenea, în primele decade ale perioadei, regimul comunist nu a fost interesat să sprijine funcționarea unui Institut român de drept comparat. Cu toate acestea, dezbaterea în materie de drept comparat a fost realizată, totuşi, instituțional în cadrul unui foarte activ Institut pentru cercetări juridice din Bucureşti. De asemenea, comparatiştii români au fost prezenți la diverse manifestări internaționale dedicate dreptului comparat şi, în special, la congresele organizate de Academia internațională de drept comparat (Etudes juridiques, 1974; Rapports, 1974). Pe de altă parte, conexiunea sistemului şi culturii juridice româneşti cu sursele sale originale de aculturație a fost în mod timid restabilită prin *Les journées franco-roumaines* ce au avut loc la Paris (1966) şi Bucureşti (1969) sub egida Societății franceze de legislație comparată. Cercetarea în materie de drept comparat a primit o gură de oxigen după 1974, când Societatea română de drept comparat a fost înființată. Din nefericire, activitatea ei a fost intens obstrucționată de regimul comunist. În ceea ce priveşte **predarea dreptului comparat** sau a dreptului străin, pe lângă cele câteva referințe aproape obligatorii la dreptul socialist, niciun fel de curs de drept comparat special nu a fost ținut în această perioadă. Pe de altă parte, un grup restrâns de tineri doctrinari şi cercetători români au reuşit să absolvească cursurile Facultății internaționale de drept comparat de la Strasbourg şi ale altor organisme internaționale.

După căderea regimului comunist, studiul dreptului comparat în România pare a-şi reveni cu dificultate după cei 40 de ani de totalitarism. Generațiile care au realizat în trecut, în mod sistematic, cercetarea şi predarea dreptului comparat aproape au dispărut. Prin urmare, fără a exagera, putem considera 1989 ca fiind momentul relansării studiului comparat al dreptului în România contemporană. Prin urmare, ultimele două decade au fost marcate de o continuă creştere a interesului pentru studiul dreptului străin în scopuri legislative sau pur ştiințifice, chiar dacă acest demers nu s-a

realizat întotdeauna în contextul scopurilor şi al metodologiei dreptului comparat. Tocmai de aceea, trebuie vorbit atât de realizări, cât şi de neajunsuri sau noi perspective în cadrul acestui demers ştiinţific.

Cea mai izbitoare caracteristică a abordării comparate a dreptului în România contemporană este dimensiunea ei pur empirică, pe fondul lipsei unei reflecţii teoretice sistematice asupra dreptului comparat. Ciudăţenia acestei situaţii este cu atât mai evidentă cu cât avem în vedere folosirea pe scară largă, în literatura juridică, a cuvintelor „comparat", „comparativ". Privind, pe de altă parte, lucrurile la nivel global, situaţia pare mai curând normală (Mattei, 2002: 98). Totuşi, în ultimele decenii, la nivel mondial, dreptul comparat „a evoluat într-un corp respectabil de cunoaştere actuală" (Reimann, 2002: 673) şi orice abordare comparativă de natură empirică ce trece cu vederea acest fundal teoretic ignoră eforturile recente ale doctrinei dreptului comparat de a da un răspuns coerent mai vechilor şi noilor probleme privind scopurile, epistemologia şi metodologia comparării în drept. Din nefericire, dependentă de abordarea tradiţională a juxtapunerii sau purei descrieri a instituţiilor şi a textelor juridice străine, doctrina juridică românească pare a nu fi conştientă de avantajele sau necesitatea unei abordări non-empirice în studiul comparat al dreptului şi manifestă prea puţin interes pentru mişcările recente pe plan mondial în acest domeniu de cercetare ştiinţifică, *e.g.* drept comparat şi istoria dreptului, drept comparat şi cultură, studiul critic al dreptului, drept comparat şi transplant juridic, drept comparat şi globalizare, drept comparat şi limbă/limbaj etc. Poate cea mai bună explicaţie a acestei „ciudăţenii" este încă prea marea influenţă pe care o are cultura juridică franceză asupra celei româneşti. În condiţiile în care cultura juridică franceză este profund legicentrică, pozitivistă, autosuficientă şi lipsită de valenţe autocritice, interesul pentru drept comparat a depăşit şi depăşeşte rareori simpla grupare şi expunere a familiilor juridice contemporane. Cultura juridică românească nu e capabilă, momentan, să producă nici ea mai mult în materie de drept comparat.

Acest curent este reflectat în special de evoluţia literaturii de drept comparat în România. Din nefericire, singurul efort teoretic elaborat în materie de drept comparat realizat după căderea comunismului aparţine profesorului **V. D. Zlătescu**. În ciuda nobilelor sale intenţii academice, abordarea sa este înrădăcinată în trecutul îndepărtat al problematicii dreptului comparat. Ultimul său manual, *Drept privat comparat*, Bucureşti (1997), este construit pe tradiţionala abordare a marilor familii juridice ale lumii, realizată prin prisma dreptului privat (civil). Metodologia sa comparativă, bazată pe patru reguli, este orientată pur pozitivist, cu ignorarea chiar şi a celei mai frecventate metode în materie de drept comparat, *i.e.* metoda funcţionalistă. O altă lucrare, *Evoluţia sistemelor juridice contemporane. Privire specială asupra*

tipologiei dreptului comunitar, (L. Gheorghiu, Universul Juridic, Bucureşti, 2004), este centrată, în ciuda titlului ei, pe o analiză mai curând descriptivă, non-comparativă a familiilor juridice contemporane. Totuşi, trebuie remarcat demersul de a trata Dreptul european ca sisteme de drept *per se*, alături de tradiționalele familii juridice contemporane. Nu în ultimul rând, lucrarea *Curs de drept privat comparat*, aparținând lui A. Bonciog (Universul Juridic, Bucureşti, 2010), nu face altceva decât să recupereze o viziune teoretico-metodologică pe cât de vetustă, pe atât de expeditiv prezentată, asupra problematicii grupării sistemelor de drept naționale în familii juridice, prin prisma elementelor dreptului privat (în special celor aparținând dreptului civil).

Pe de altă parte, abordări ale teoriei generale a dreptului comparat pot fi reperate în câteva manuale dedicate diferitelor ramuri ale dreptului. În acest sens, poate fi menționat cursul de *Drept administrativ comparat* (Lumina Lex, Bucureşti, 2000), aparținând lui **I. Alexandru**. Lucrarea încearcă să acopere o serie de goluri teoretice într-o literatură a dreptului comparat românesc dominată, în mod tradițional, de preocupări pentru analiza comparată a dreptului civil. Se întâlnesc, mai apoi, lucrări, **monografii** sau manuale, menite să descrie ori să juxtapună diverse sisteme de drept străin, în cadrul unor diverse ramuri ale dreptului. Printre cele mai reprezentative putem aminti: I. Leş, *Sisteme judiciare comparate*, All Beck, Bucureşti, 2002; I. Leş, *Organizarea sistemului judiciar în dreptul comparat*, C.H. Beck, Bucuresti, 2005; V. Duculescu, C. Călinoiu, G. Duculescu, *Drept constituțional comparat*, 2 vol. Lumina Lex, Bucureşti, 1999; C. Ionescu, *Drept constituțional comparat*, C. H. Beck, Bucureşti, 2008. Din nefericire, **traducerea** în limba română a operei comparatistului francez de origine română L.-J. Constantinesco – *Tratat de drept comparat [Traité de droit comparé]*, vol. I-II, All, Bucureşti, 1997-1998, vol. III, C.H. Beck, Bucureşti, 2002 – nu a fost în măsură să încurajeze reflecția teoretică în materie de drept comparat, cu toate că acest autor a atras insistent atenția asupra importanței excepționale a analizei metodologice (Constantinesco, 1997: 192-198). Publicarea variantei româneşti a lucrării lui P. Legrand, *Le droit comparé, Que sais-je?*, PUF, Paris, 1999 [*Dreptul comparat,* Lumina Lex, Bucureşti, 2001] a fost mai curând derutantă decât percutantă, într-un climat ştiințific dominat de un pozitivism juridic acerb. Lucrarea lui M.G. Losano, *Marile sisteme juridice. Introducere în dreptul european şi extraeuropean* [All Beck, Bucureşti, 2005], se încadrează mai bine accepției comunității academice româneşti cu privire la dreptul comparat, dar manifestă o redundanță ştiințifică ce nu este deloc benefică relansării serioase a dreptului comparat în România contemporană.

Lucrurile stau ceva mai bine în ceea ce priveşte **articolele** publicate în această perioadă. Putem aminti aici câteva lucrări publicate în reviste juridice care nu sunt special dedicate dreptului comparat: S. Popescu, *Dreptul comparat şi sociologia comparativă a dreptului*, în Supplement (2007) Pandectele Române, pp. 721 şi urm, care încearcă să scoată în evidenţă importanţa sociologiei juridice în studiul comparat al dreptului; R. Bercea, *Comparatistul, cine este el?*, M. Guţan, *Dreptul comparat contemporan şi actualitatea teoriei "formelor fără fond"*, C.S. Cercel, *Dreptul e în altă parte: reflecţii asupra dreptului şi ideologiei*, publicate în Pandectele Române, nr. 4/2009, pp. 17 şi urm., toate încercând să atragă atenţia asupra importanţei analizei comparate a dreptului în context cultural; R. Bercea, *Dreptul judecătorului este cultură*, în Pandectele Române nr. 6/2011, pp. 15-38, aducând în centrul atenţiei problema delicată a raportului dintre cultură şi drept în procesul de adjudecare juridică; A. Szebeni, *Prolégomènes à l'etudes non-(seulement)- comparée du droit*, în Revista română de drept privat, nr. 2/2013, analizând posibilitatea cunoaşterii alterităţii în drept. Şansele multiplicării dezbaterii teoretice şi practice în materie de drept comparat au crescut exponenţial în urma apariţiei unor **reviste specializate**, în limbi de circulaţie internaţională, *i.e. Romanian Journal of Private International Law and Private Comparative Law* (anual, din 2007) şi *Romanian Journal of Comparative Law* (bianual, din 2010). O serie de articole abordând un drept comparat descriptiv-empiric au continuat să înflorească în diverse reviste juridice „generaliste" sau de ramură. Chiar şi în lipsa unei analize juridice riguroase, aceste articole au oferit informaţii preţioase despre instituţiile diverselor sisteme de drept străine.

Sub aspect **instituţional**, sunt de remarcat evenimentele ştiinţifice organizate de *Société Henri Capitant des amis de la culture juridique française* ce încurajează o abordare comparativă mai profundă în cadrul tradiţionalului climat ştiinţific româno-francez. Din păcate, activitatea Societăţii române de drept comparat a fost mai mult decât nesatisfăcătoare în ultimii ani, fiind marcată, mai curând de un remarcabil cvasi-anonimat. Comitetul naţional român al Academiei internaţionale a dreptului comparat a asigurat, la rândul său, o prezenţă nesemnificativă a juriştilor români la tradiţionalele congrese organizate de aceasta. În general, nu există o preocupare instituţionalizată pentru promovare şi cercetare în drept comparat şi nu s-a înfiinţat niciun institut de drept comparat în România contemporană.

Predarea dreptului comparat în **facultăţile de drept** din România este prezentă, dar nu pretutindeni şi nu cu aceeaşi pondere. Luând în considerare cele mai importante facultăţi de drept de stat (Bucureşti, Iaşi, Cluj-Napoca, Timişoara, Craiova şi Sibiu), de departe Facultatea de drept din Cluj are cea mai diversă şi interesantă ofertă de cursuri opţionale de drept

comparat şi drept străin în curriculum-ul universitar. Pe lângă cursul introductiv clasic în dreptul comparat, planul de învățământ oferă aici cursuri de terminologie juridică româno-maghiară, terminologie juridică germană, trei semestre dedicate studiului *common law*, elemente de drept public şi privat în legislația statelor europene, precum şi un curs comparativ în materie de proprietate intelectuală în România şi UE. Un curs introductiv în dreptul comparat poate fi găsit la Timişoara şi Sibiu, dar, din nefericire, el lipseşte la Bucureşti, Craiova şi Iaşi. Diferite cursuri cu o abordare comparativă a diverselor ramuri de drept pot fi găsite în curricula: Drept constituțional comparat (Timişoara, Sibiu), Sisteme judiciare contemporane (Sibiu, Iaşi), Drept procesual comparat (Sibiu), Curs introductiv în drept privat comparat (Iaşi), Drept public comparat (Craiova). Această perspectivă incompletă şi relativ fragmentată mărturiseşte totuşi despre nevoia unei continue dezvoltări a predării dreptului comparat în România. Între timp, sesiunile Facultății internaționale de drept comparat de la Strasbourg, găzduite de facultățile de drept din Cluj-Napoca (2002) şi Bucureşti (2009), au oferit o alternativă învățării dreptului comparat în România şi au încurajat, de asemenea, abordarea teoretică a acestuia.

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY

Bibliografie

Ancel, Marc, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971;

Băileanu, Gheorghe, *Principii de drept comparat*, Iaşi, 1926;

Cairns, John W., *Development of Comparative Law in Great Britain*, în M. Reimann and M. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 131-173;

Clark, David S., *Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today,* în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 871-912;

Clark, David S., *History of Comparative Law and Society*, în Clark, David S. (ed.), Comparative Law and Society, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, pp. 1-36;

Constantinesco, Leontin-Jean, *Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat,* vol. I, Editura All, Bucureşti, 1997;

Eminescu, Yolanda, *Les juristes roumaines et l'essor du droit comparé à l'école de droit de Paris (Une page d'histoire et une anthologie)*, în Revue internationale de droit comparé, nr. 3/1989, pp. 737-761;

Etudes juridiques, Rapports aux VIIIème Congres international de droit comparé, Pescara, 1970, Ed. Academiei, Bucureşti, 1970;

Gheciu, Dan, *Dreptul comparat. Disciplină şi metodă în dreptul socialist*, în Studii şi cercetări juridice, nr. 4/1967, pp. 563-576;

Grande, Elisabeta, *Comparative Law in Italy*, în M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 107-130;

Gutteridge, Harold Cooke, *Le droit comparé,* Librairie générale du droit et de jurisprudence R. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1953;

Ionasco, Traian, *Le droit comparé en Roumanie. Quelques sujets de préoccupation en matière de droit comparé en Roumanie évoqués à l'occasion du centenaire de la société de législation comparée de Paris*, în Livre du centenaire de la Société de législation comparée, vol. II: Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, pp. 495-516;

Ionescu, Constant, *Introducere in dreptul civil comparat*, Bucureşti, 1925;

Jamin, Cristoph, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris,* în Revue internationale de droit comparé, nr. 4/2000, p. 733-751;

Kötz, Hein, *Comparative law in Germany today,* în L'avenir de Droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Société de législation comparée, Paris, 2000, pp. 17-32;

Legeais, Raymond, *Grands Systèmes de droit contemporains. Approche comparative,* Litec, Paris, 2004;

Mattei, Ugo, *Some Realism about Comparativism: Comparative Law Teaching in the Hegemonic Jurisdiction*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 50/2002, pp. 86-99;

Örücü, Esin, *Unde venit, Quo Tendit Comparative Law?,* în A. Harding and E. Örücü (ed.), Comparative Law in the 21st Century, Kluwer Academic Publishers, London/The Hague/New York, 2002, pp. 1-17;

Oteteleşanu, Alexandru, *Actuala concepţie asupra ştiinţei dreptului comparat*, Bucureşti, 1938;

Oteteleşanu, Alexandru, *Curs de drept comparat. Teoria generală a ştiinţei dreptului comparat,* Bucureşti, 1947;

Popescu, Sofia, *Metoda comparativă în domeniul dreptului*, în Studii şi cercetări juridice, nr. 4/1970, pp. 557 şi urm.

Rapports des juristes roumains au IXe Congres International de droit comparé, Téhéran, 1974, în Revue roumaine des sciences sociales. Série de science juridique, nr. 1/1974;

Reimann, Mathias, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 50/2002, pp. 671-700;

Sacco, Rodolfo, *One Hundred Years of Comparative Law,* în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 1159-1176;

Schwenzer, Ingeborg, *Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria,* în M. Reimann and R. Zimmermann (ed.),The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 69-106;

Twining, William, *Globalism and Comparative Law*, în E. Örücü and D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2007, pp. 69-89;

Zlătescu, Victor Dan, *Natura şi funcţiile dreptului civil comparat*, în Revista română de drept, nr. 6/1968, pp. 31-41;

Zlătescu, Victor Dan şi Gheciu, Dan, *Metoda comparativă, instrument de cercetare ştiinţifică în dreptul socialist*, în Studii şi cercetări juridice, nr. 2/1968, pp. 163-172;

Zlătescu, Victor Dan, Moroianu Zlătescu, Irina, *Réflexions sur l'histoire du droit comparé en Roumanie*, în Revue internationale de droit comparé, nr. 2/1993, pp. 41-418;

Zweigert, Konrad and Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law,* Clarendon Press, Oxford, 1998;

Viforeanu, Petre, *Curs de drept comparat*, Bucureşti, 1947.

Capitolul II. Teoria comparării juridice – un demers metodologic astăzi inutil?

Secțiunea 1. Dreptul comparat, o practică juridică lipsită de fundamente teoretice

De-a lungul istoriei destul de recente a Dreptului comparat, dar mai ales după primul Congres internațional de drept comparat, datorită creşterii interesului vizavi de o abordare globalizantă a dreptului, au apărut tot mai dese încercări teoretice de clarificare sistematică, cu rigoare ştiințifică, a marilor probleme legate de studiul comparativ al acestuia. Care sunt componentele dreptului comparat? Cum s-a dezvoltat dreptul comparat? Care sunt scopurile şi funcțiile lui? Cum poate fi el distins de simplul studiu al dreptului străin? Cum poate fi el diferențiat de alte discipline juridice? Cum a fost el utilizat în practică şi în cercetarea academică? Este dreptul comparat un corp autonom de cunoştințe juridice sau o simplă metodă aplicată în cadrul ştiinței juridice? În care domenii ale dreptului ar putea fi compararea utilă şi care drept poate fi în mod propriu şi cu folos comparat? Ajunge pentru a fi comparatist a lua o singură instituție juridică ca obiect de cercetare? Cum se pot clasifica sistemele de drept contemporane? Ce obstacole şi ce pericole s-ar putea ivi în studiul dreptului comparat? Acestea sunt doar o parte din problemele ridicate de specialişti de-a lungul timpului, care au trezit cele mai multe controverse şi de rezolvarea cărora a depins (şi depinde încă) încetățenirea dreptului comparat ca un demers ştiințific distinct.

O bună parte a dezbaterilor comparatiştilor în timpul şi în primele decenii după Congresul de la Paris (1900) s-au axat pe demersurile teoretice, uneori de-a dreptul sterile şi epuizante, de **a defini** dreptul comparat. Succesul definirii corecte şi complexe a Dreptului comparat depindea, în mare parte, de succesul clarificărilor terminologice. În ciuda aparentei concordii în materia denumirii disciplinei, cel puțin în ceea ce priveşte înțelesul sintagmei „drept comparat", dacă nu în ceea ce priveşte termenii în sine, a da chiar şi astăzi, la mai bine de 100 de ani de la primul Congres internațional de drept comparat, o definiție acestei discipline este un demers cât se poate de riscant. Asta deoarece definirea dreptului comparat se confundă cu propria sa istorie, cu trecerea de la o mare epocă doctrinară la alta, cu concepțiile juriştilor despre drept, în general, şi drept comparat, în special, precum şi cu scopurile ce se doreau atinse prin acesta din urmă (Constantinesco, 1997: 185). Ani de-a rândul, această problematică a absorbit aproape toate

energiile comparatiştilor. Opiniile diverselor şcoli de drept comparat s-au acumulat fără să se cearnă însă o poziție teoretică universal acceptată, multitudinea viziunilor conducând, adeseori, pe comparatişti la o blocare în hățişurile fără de sfârşit ale clarificărilor ideologice (David), la o literatură voluminoasă, obsesiv repetitivă şi sterilă (McDougal, 1952: 29). S-a ajuns, în cele din urmă, doar la o performanță negativă, prin manifestarea constantă a dreptului comparat la nivelul a ceea ce constata deja E. Amari la jumătatea secolului al XIX-lea: fenomenul ciudat al unei ştiințe la modă care rămâne în starea de ipoteză (Constantinesco: 1997: 184). Evaluând printr-un diagnostic dur această situație, filosoful german G. Radbruch declara că „ştiințele preocupate de investigarea propriei metodologii sunt ştiințe bolnave" (Radbruch, 1969: 253).

Decenii de-a rândul, singura certitudine a dreptului comparat a fost aceea că el are mai multe incertitudini decât certitudini, mai multe ipoteze decât axiome, zeci de probleme şi sute de răspunsuri foarte diferite unele de celelalte. Varietatea lor şi aparentul haos ideatic nu au îngrijorat pe comparatişti (până la urmă era de aşteptat ca personalitatea fiecăruia să-şi pună amprenta asupra activității sale ştiințifice), mergându-se până la a se afirma că „a fost natural ca asemenea probleme să preocupe pe cei care s-au confruntat prima dată cu fenomenul dreptului comparat" (David & Brierley, 1985: 4). În final, o bună parte a comparatiştilor perioadei clasice a dreptului comparat pare a fi dat curs îndemnului celor care considerau problema naturii dreptului comparat lipsită de importanță pentru procesul efectiv al comparării şi, după ce şi-au precizat poziția în câteva fraze, s-au preocupat mai mult de o abordare practică a dreptului comparat. Comparatistul englez **M. McDougal** considera aceste dezbateri „o literatură care se hrăneşte şi creşte, ca un cancer, pe clasificarea logică şi reclasificare şi rafinament tehnic şi subrafinament, fără limită, şi cu un minimum de referință externă şi relevanță" (McDougal, 1952: 29). Un alt englez, **H.C. Gutteridge,** accepta şi el că „interesul unei asemenea probleme este pur teoretic şi în toate privințele importanța ei este îndoielnică" (Gutteridge, 1953: 22). Pragmatismul englez a învins în cele din urmă rafinamentul analitic francez şi rigoarea metodologică germană. Celebrul comparatist francez **R. David,** în prima sa lucrare comparativă de proporții, susținea că problema naturii dreptului comparat este artificială, prost pusă şi bazată pe chestiuni terminologice (David, 1950: 2), considerând că „aceste vechi discuții şi-au pierdut în mare măsură interesul şi nu trebuie să ne întârzie" (David & Brierley, 1985: 4). **E. Lambert,** la rândul său, considera chestiunea ca lipsită de importanță şi depăşită (Lambert, 1959: I, 271 s.). Cunoscutul comparatist german **K. Zweigert** nu a întârziat nici el să susțină că problema naturii Dreptului comparat „este preferabil să nu fie ridicată, răspunsul neputând oferi decât

un fruct uscat, neputând satisface amorul propriu al comparatistului" (Zweigert, 1960: 583). **M. Ancel** însuşi considera discutarea naturii dreptului comparat, alături de alte probleme de aceeaşi factură, ca fiind „discuţii de şcoală, care sunt, pentru a spune adevărul, fără soluţie" (Ancel, 1973: 9).

Dincolo de problema inutilităţii practice, anumiţi comparatişti au argumentat aceeaşi poziţie marşând pe imposibilitatea teoretică de a găsi un răspuns adecvat. **H.C. Gutteridge** considera că această logomahie stearpă, unde trebuie să se înţeleagă cuvintele „ştiinţă" şi „metodă", trebuie încredinţată filologiei (Zweigert, 1960: 22). Aceeaşi era şi ideea lui **M. Schmitthoff** ce considera că e dificil să se facă o delimitare între aceste concepte, având în vedere cât de vagi şi de interschimbabile sunt (Schmitthoff, 1941: 94). În final, s-a recurs, aşa cum remarca L.-J. Constantinesco, la soluţia vindecării bolnavului prin obişnuirea lui cu boala de care suferă (Constantinesco, 1997: 195). Chiar şi în ultimele decenii, printre cei mai recenţi comparatişti, problema definiţiei pare a fi mai mult o chestiune de istorie, discuţiile asupra statutului ştiinţific al dreptului comparat pierzând din actualitate (van der Helm & Meyer, 1991: 40).

Plecând de aici, concluziile au fost simple şi pragmatice. Având în vedere că accepţiunea dreptului comparat ca simplă metodă a câştigat tot mai mult teren, fiind abordată adesea ca o axiomă (nu există nici acum analize care să aducă argumente pertinente în acest sens), demersul comparatist concret, practic, se poate desfăşura în voie. În concepţia lui R. David, doar două probleme ar mai trebui să mai atragă astăzi atenţia comparatistului: evidenţierea utilităţii generale a dreptului comparat, în scopul de a-i convinge pe cei rămaşi încă sceptici, şi descoperirea de mijloace pentru asistenţa celor ce doresc să utilizeze dreptul comparat pentru propriile scopuri (David & Jauffret-Spinosi, 1992: 3). S-a considerat chiar că, fiind vorba, în cazul comparării, de o componentă firească a demersului cognitiv, comparatiştii trebuie să apeleze doar la bunul lor simţ pentru a se manifesta ca atare (Jansen, 2008: 308).

Secţiunea a 2-a. Dreptul comparat, o teorie juridică lipsită de finalitate practică

Critica acidă a acestei situaţii nu a întârziat. S-a constatat că disciplina dreptului comparat evoluează de manieră haotică şi că puţini comparatişti se înţeleg cu privire la natura obiectului lor. Deja la începutul anilor 1970, M. Ancel se declara jenat că, după trei sferturi de secol, marea noutate ştiinţifică lansată la Congresul de la Paris nu era asimilată şi nici noua ştiinţă definită şi structurată (Ancel, 1971: 29). Ca urmare, în ciuda uriaşelor speranţe pe

care le-a întreținut și a demersurilor ambițioase pe care le-a născut, dreptul comparat este asociat, la începutul secolului al XXI-lea, cu cea mai slabă epistemologie (Pfersmann, 2001: 275). Practicarea unui comparativism juridic axat pe o neclară și îngustă abordare a sistemelor de drept străine a determinat lipsa unui limbaj comun în materie de analiză juridic-comparativă și, inevitabil, a condus la dificultatea producerii de cunoaștere accesibilă și inteligibilă întregii comunități de comparatiști (Gerber, 1998: 720-724). Făcând o sinteză a celor mai relevante minusuri ale dreptului comparat, cu ocazia centenarului Congresului de la Paris din 1900, M. Reimann amintește de lipsa unei direcții, slăbiciunea fundamentelor teoretice (Reimann, 2002: 688) și a uneltelor metodologice, precum și natura dubioasă a multora dintre presupunerile și premizele sale (Reimann, 2000-2001: 1104). Prin urmare, se întrebă pe bună dreptate E. Örücü, cum ar putea deveni secolul al XXI-lea „era dreptului comparat", în condițiile în care „este încă deschisă problema dacă dreptul comparat este o disciplină autonomă și există disconfort cu privire la metodologia care trebuie urmată" (Örücü, 2004: 61).

În acest context, încă din epoca clasică a dreptului comparat se considera că o abordare teoretică a problematicii dreptului comparat, a **naturii** și, mai ales, a **metodologiei** acestuia, ar fi mai mult decât necesară în fiecare lucrare de profil. Așa cum afirmau A.J. van der Helm și V.M. Meyer, reflecția metodologică reprezintă un punct de plecare indispensabil pentru cercetarea în domeniul dreptului sau în oricare alt domeniu (van der Helm & Meyer, 1991: 40-41). Iar în ceea ce privește Dreptul comparat, remarca Constantinesco, „nu va fi cu putință de depășit ipoteza, adică starea de confuzie cronică, atâta vreme cât nu se va reuși, nu numai să se delimiteze, dar să se și precizeze exact domeniile, funcțiunile și obiectivele metodei comparative și ale științei Dreptului comparat" (Constantinesco, 1997: 192). Același Constantinesco remarca, pe bună dreptate, că

> „(...) este totuși esențial pentru comparatiști să știe dacă, practicând știința dreptului comparat, aplică doar o metodă specială sau desfășoară o activitate ce se înscrie în cadrul unei discipline autonome. Diferențele dintre o metodă și o disciplină autonomă sunt mari și una nu o poate înlocui nicidecum pe cealaltă. Într-adevăr, condițiile de existență, domeniul de aplicare, obiectivele, funcțiile și naturile lor se deosebesc profund (...) problema are urmări practice neîndoielnice (...) felul de a concepe și aplica metoda comparativă depinde într-o largă măsură și de chestiunea de a ști dacă ea este o simplă metodă sau o metodă în slujba unei discipline autonome" (Constantinesco, 1997: 198).

Dezbaterea teoretică a fost și este considerată importantă deoarece comparatistul trebuie să aibă, cu precădere, răspunsuri clare la întrebări clare legate de metodologia și finalitățile comparării în drept. El nu poate

porni la drum fără să aibă, în prealabil, clarificate aspecte ca: De ce un jurist trebuie să-şi asume sarcina dificilă de a analiza dreptul în perspectivă comparativă? Cum ar trebui să procedeze un demers comparativ dacă ar fi menit să educe studenţi şi jurişti? Care ar putea fi subiectul comparării juridice? Ce obţinem prin compararea dreptului unor diverse societăţi? Ce este „dreptul" şi cum putem să-l cunoaştem atunci când îl vedem? (Frankenberg: 1985: 416-417). Astăzi, este cert cel puţin faptul că a compara în drept nu poate face apel nici doar la bunul simţ al comparatistului, nici doar la intuiţia acestuia şi nici la demersul comparativ reflexiv al procesului cognitiv în general. Ieşit de sub autoritatea dreptului înţeles ca norme juridice/a dreptului din text şi a metodelor pozitiviste de interpretare şi aplicare a dreptului, comparatistul contemporan se află pus în situaţia de a înfrunta noi provocări epistemologice specifice, de exemplu, transplantului juridic sau „paradigmei culturale" (Samuel, 2007: 228). Acest lucru îl aruncă inevitabil într-un relativism metodologic ce trebuie conştient elaborat, justificat şi administrat. În aceste condiţii, fuga, teama sau ignorarea demersului de teoretizare a dreptului comparat nu pot fi decât contraproductive.

În general, accentuarea importanţei dezbaterii teoretico-metodologice s-a făcut în condiţiile unei **reevaluări critice** a definiţiilor, a finalităţilor şi a perspectivelor metodologice promovate de dreptul comparat clasic (Reimann, 2002: 680). Acest demers s-a manifestat cu precădere în cadrul a două congrese ţinute în SUA la sfârşitul anilor 1990: este vorba, pe de o parte, de un grup academic puternic influenţat de mai vechea mişcare ideatică intitulată „studiul critic al dreptului" (*Critical Legal Studies*) ce s-a întrunit, în 1996, la Universitatea din Utah şi, pe de altă parte, este vorba de un grup ce s-a întâlnit la Universitatea din Michigan, în 1996, şi la Hastings College of Law, în 1997. În spiritul acumulărilor dreptului comparat clasic, critica a avut în vedere limitele şi neajunsurile acestuia şi a vizat, punctual: incapacitatea de a depăşi simpla descriere şi juxtapunere a sistemelor de drept, recomandând depunerea de eforturi pentru o adevărată comparare şi analiză a rezultatelor; izolarea faţă de discipline juridice adiacente, cum ar fi filosofia dreptului şi dreptul internaţional; lipsa unei abordări interdisciplinare; excesiva concentrare pe dreptul din text şi ignorarea dimensiunilor filosofice şi istorice; obsesia pentru dreptul european/occidental şi interesul excesiv purtat dreptului privat; lipsa de interes pentru regimurile juridice internaţionale, de genul dreptului european.

Pe de altă parte, o serie de critici au avut în vedere o abordare nouă, **postmodernă**, plecând de la conceperea lumii juridice contemporane ca o dimensiune complexă, ambiguă şi persistent eterogenă (Reimann, 2002: 681). Postmodernismul postulează existenţa unei diversităţi de valori etice, de forme de cunoaştere, de moduri de comportament în diversele societăţi

umane, punând accent major pe ideile de varietate, pluralism şi diferenţiere (Peters & Schwenke, 2000: 801; Rambaud, 2014: 23). Problema cheie a acestei critici este condamnarea preocupărilor excesive pentru similitudine, unitate şi uniformizare juridică în dreptul comparat clasic. Acestea sunt înlocuite, în dezbaterea teoretico-metodologică, cu preocuparea pentru diversitate juridică, pentru recunoaşterea şi tolerarea alterităţii în drept, pe fondul unei critici asidue a metodei funcţionaliste (Reimann, 2002: 681). **Diversitatea, pluralismul** şi **diferenţierea** juridică nu mai sunt accesibile prin intermediul metodologiei clasice a dreptului comparat, ci prin căutarea lor dincolo de normele juridice, în contextul cultural (în sens larg). În condiţiile valorizării diferenţelor în drept, această perspectivă a deschis o dezbatere teoretică intensă cu privire la oportunitatea şi posibilitatea convergenţei sistemelor de drept, ca finalitate a comparării juridice.

Analiza teoretico-metodologică critică, postmodernă, în dreptul comparat a impulsionat, în ultimele două decenii, tot mai asidua încercare a unor comparatişti de a contura dreptul comparat ca o **disciplină juridică autonomă**. Evident, în aceste condiţii, nu s-a remarcat doar un demers de distanţare de un important corp de idei aparţinând dreptului comparat clasic, ci şi un proces de asumare conştientă a unor noi coordonate teoretice. Astfel, pe de o parte, a fost condamnată perspectiva pur instrumentalistă propusă de adepţii dreptului comparat ca metodă, au fost reevaluate scopurile tradiţionale ale dreptului comparat şi s-au stabilit limitele epistemologice ale demersului tradiţional de grupare a sistemelor de drept naţionale în familii juridice. Acest lucru a implicat inclusiv o reevaluare critică a modului în care unii dintre cei mai importanţi părinţi ai dreptului comparat modern(ist) şi-au construit, argumentat şi urmărit proiectele comparative (Riles, 2001). Pe de altă parte, nevoia unei autentice demarcări ca disciplină autonomă a amplificat reflecţia asupra obiectului, rostului şi metodologiei dreptului comparat printr-o abordare pluri şi interdisciplinară care să ia în considerare dinamica foarte complexă a dreptului în lumea contemporană. În acest context, noi perspective au trebuit, pentru a-şi disputa cu succes locul cu viziunea tradiţională asupra dreptului comparat, să dezvolte remarcabile demersuri teoretic-explicative cu privire la necesitatea şi finalitatea proprie: *e.g.* **drept comparat şi teoria/filosofia dreptului, drept comparat şi istoria dreptului (transplantul juridic), drept comparat şi cultură, drept comparat şi economie, studiul critic al dreptului, drept comparat şi lingvistică** etc. Printre acestea, ar trebui amintită şi o mişcare aparte de idei, numită **drept comparat critic** (Örücü, 1999, 13-18) ce şi-a asumat, printr-o elaborată poziţionare teoretică, dezvoltarea şi exploatarea unor teme de o actualitate remarcabilă izvorâte din mai larga problematică a transplantului juridic: sistemele de drept aflate în tranziţie şi influenţele lor reciproce, rezultatele

mişcării transfrontaliere a dreptului, căile şi modul prin care se realizează migrarea sistemelor de drept, alături de evaluarea implicațiilor conceptuale şi viitoare ale acestei migrări (Örücü, 1999:17).

Secțiunea a 3-a. Dreptul comparat între teorie și finalitate practică

Din cele expuse, se poate constata existența unei tensiuni între ceea ce considera majoritara grupare clasică a adepților dreptului comparat ca metodă şi mai noile tendințe ale dreptului comparat postmodern care încearcă să fundamenteze o ştiință autonomă a dreptului comparat pe piloni exclusiv teoretico-metodologici, cu excluderea oricăror preocupări empirice.

Postmoderniştii consideră că libertatea poziționării față de problema naturii dreptului comparat nu a făcut decât să amplifice incertitudinile şi neclaritățile teoriei dreptului comparat. Lucrurile s-au agravat în condițiile în care nu doar definiția, ci şi **obiectul**, **finalitățile** şi, mai ales, **metodologia** dreptului comparat au fost ignorate de către mulți comparatişti. S-a considerat, pe bună dreptate, că acest lucru a dat amploare unui amalgam incoerent de cunoştințe şi practici ce s-au regăsit laolaltă doar în faptul că au ceva în comun cu dreptul străin (Reimann, 2002, 688). Reacția la această situație a fost atât de intensă încât, se pare, a căzut în cealaltă extremă. Lucrurile au evoluat de o asemenea manieră în ultimele două decenii încât, pe lângă faptul că fiecare comparatist a devenit un critic al modului în care dreptul comparat clasic a realizat taxonomia sistemelor/tradițiilor juridice, a devenit la modă ca orice comparatist să devină un „metodologist", *i.e.* a fi preocupat de termenii, categoriile, nivelele, metodele şi informația care ar trebui folosite în procesul de comparare juridică (Riles, 2001: 2). Pentru aceştia, dreptul comparat reprezintă o ştiință juridică autonomă care are ca scop producerea de cunoaştere în materie juridică, indiferent de relevanța ei practică; dreptul comparat, ca atare, nu mai are ca obiect clasificarea sistemelor de drept naționale în familii juridice statice, ci are în vedere dinamica diversă şi complexă a culturilor/tradițiilor juridice, este interesat de problematica transplantului juridic şi de dreptul mixt, ca rezultat al acestuia, are în vedere pluralismul juridic manifestat nu doar la nivelul dreptului din textul de lege, ci şi la nivelul dreptului în acțiune şi dreptului în context; interesul pentru pluralism juridic postulează interesul pentru afirmarea diversității în drept, ca finalitate prioritară a comparării juridice, cu condamnarea oricărui proiect unificator sau integrationist; metoda funcționalistă, mult timp considerată metoda privilegiată sau chiar unică a dreptului comparat, a fost descalificată pentru reducționismul, pozitivismul şi acontextualismul ei, locul

său fiind luat de un pluralism, subiectivism şi relativism metodologic axat pe surprinderea dreptului în acțiune şi a dreptului în context (cultural-juridic şi metajuridic).

Răspunsul din „tabăra adversă" nu s-a lăsat aşteptat. Unii autori susțin că dreptul comparat este prea încărcat de comparatişti uimiți de sensurile şi nonsensurile disciplinei (Bernstein, 1992: 261). Analizând critic lucrarea lui B. Grossfeld – *The Strenghts and Weakness of Comparative Law (1990)* –, H. Bernstein susține că un comparatist ar trebui să reziste unui asemenea sentiment şi că „(...) mai mult decât căutarea sufletului avem nevoie (în dreptul comparat, n.n.) de o muncă susținută de natură comparativă cu privire la definirea clară a unor instituții sau sfere de probleme specifice" (*idem*). Alte voci se declară iritate de mai noua insistență asupra dezbaterii teoretice în dreptul comparat, în defavoarea sau chiar cu excluderea abordărilor pur empirice. Unii chiar atrag atenția asupra posibilei inhibări a celor care ar avea interesul să realizeze demersuri comparative în scopuri pur practice. Aşa cum declară Basedew, „de ce s-ar aventura doctrinarii în investigații consumatoare de timp ale dreptului străin dacă ei sunt mai târziu reprimați pentru lipsă de «conştiență metodologică»?" (Basedow, 2014: 4). Se ridică, prin urmare, întrebarea în ce măsură noua tendință reflexiv-metodologică non-empirică în dreptul comparat are dreptul să legitimeze excluderea mai vechilor finalități practice ale comparării juridice, unde analiza metodologică este relativ inexistentă.

Adevărul trebuie aflat, probabil, undeva între obsesia pentru teorie şi preocuparea nereflexivă pentru rezultate practice. Astfel, perspectiva clasică, dominată de interesul pentru metoda comparativă şi finalitățile practice ale acesteia se înşeală evident în momentul în care se pronunță cu aciditate împotriva reflexiei teoretico-metodologice în dreptul comparat. Perspectiva postmodernă arată, pe bună dreptate, faptul că a compara în drept nu poate fi un simplu demers mecanic, reflexiv, al comparatistului. În acelaşi timp, perspectiva postmodernă se înşeală şi ea în momentul în care accentuează excesiv pe critica lipsei de metodologie din dreptul comparat clasic. Pe de o parte, nu se poate vorbi nici despre o lipsă totală de metodologie în dreptul comparat clasic şi nici despre o incoerență a acesteia. Pe de altă parte, nu ar trebui transformat dreptul comparat într-un demers hermeneutico-metodologic elitist, cu ignorarea completă a impactului practic pe care dreptul comparat poate să îl aibă. Toate aceste aspecte ar trebui să conducă la mai multe consecințe: în primul rând, adepții dreptului comparat clasic ar trebui să învețe cât de important este demersul metodologic chiar şi atunci când se au în vedere finalități cu prioritate practice; în al doilea rând, dreptul comparat postmodern ar trebui să contribuie la teoretizarea şi elaborarea metodologică în materie de comparare juridică menită unor finalități practice

în loc să o critice intens; în al treilea rând, dreptul comparat postclasic nu trebuie să confunde intensa şi complexa reflecție teoretico-metodologică, cu puternice inflexiuni hermeneutico-epistemologice, cu claritatea şi predictibilitatea metodologică. Critica acidă nu ține locul unei metodologii clare, iar abordări sofisticate, cum e cea a lui P. Legrand[1], nu au niciun impact relevant în lipsa unei metodologii clare. Din nefericire, tot ceea ce ne-a învățat până acum dreptul comparat postmodern este faptul că metodologia dreptului comparat nu se asumă, aprofundează şi pune în aplicare, ci se descoperă de către fiecare comparatist în parte. Tocmai de aceea, dreptul comparat postmodern trebuie să-şi asume până la capăt sarcina dificilă a clarificării teoretico-metodologice.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY

[1] A se vedea *infra*, Capitolul VII, Secțiunea a 3-a, subsecțiunea 2.3; Capitolul VIII, secțiunea a 3-a; Capitolul IX, secțiunea a 2-a.

Bibliografie

Ancel, Marc, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971;

Ancel, Marc, *Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparée*, în Mario Rotondi, Buts et méthodes du droit comparé, Cedam, Padova, 1973, pp. 1-13;

Basedow, Jurgen, *Comparative Law and its Clients*, Max Planck Private Law Research paper no. 14/2, 2014, pp. 1-34, accesabil la SSRN: http://ssrn.com/abstract=2391171;

Bernstein, Herbert, *Book review: The Strength and Weakness of Comparative Law. By Bernhard Grossfeld. Oxford: Clarendon Press, 1990. Pp. 123.*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 40/1992, pp. 261-288;

Constantinesco, Leontin-Jean, *Tratat de drept comparat, Introducere în dreptul comparat*, vol. I, Ed. ALL, Bucureşti, 1997;

David, René, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950;

David, René and **Brierley, John E.**, *Major Legal Systems in the World Today*, Stevens & Sons, London, 1985;

David, René, Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1992;

Frankenberg, Gunter, *Critical Comparison: Re-thinking Comparative Law*, în Harvard International Law Journal, vol. 26/1985, pp. 411-455;

Gerber, David J., *System Dynamics: Towards a Language of Comparative Law?*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 46/1998, pp. 719-737;

Gutteridge, Harold Cooke, *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1953;

Jansen, Nils, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, în M. Reimann and M. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 305-338;

Lambert, Eduard, *L'idée d'une science universelle du droit comparé. Étude de droit contemporain*, în Contribution française aux IIIe et IVe Congrès internationaux de droit comparé, Paris, 1959;

McDougal, Myres S., *The Comparative Study of Law for Policy Purpose; Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order*, în The American Journal of Comparative Law, 1/1952, pp. 24-57;

Örücü, Esin, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition,* în Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking, No. 59/1999, Kluwer Law International, Deventer, pp. 1-133;

Örücü, Esin, *The Enigma of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004;

Peters, Anne and Schwenke, Heiner, *Comparative Law Beyond Post-Modernism*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 49/2000, pp. 800-834;

Pfersmann, Otto, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit,* în Revue internationale de droit comparé, nr. 2/2001, pp. 275-288;

Radbruch, Gustav, *Einfuhrung in die Rechtswissenschaft*, ed. 12, K. F. Koehler, Stuttgart, 1969;

Rambaud, Thierry, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, Paris, 2014;

Reimann, Mathias, *Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age*, în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 1103-1119;

Reimann, Mathias, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century,* în American Journal of Comparative Law, vol. 50/2002, pp, 671-700;

Riles, Annelise, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001;

Samuel, Geoffrey, *Taking Methods Seriously (Part Two),* în Journal of Comparative Law, vol. 2/2007, pp. 210-237;

Schmitthoff, Maximilian, *The Science of Comparative Law,* în Columbia Law Journal, 7/1941, pp. 94-110;

van der Helm, Adrianus J., Meyer, Vincent Marie, *Comparer en droit*, Cerdic-Publications, Strasbourg, 1991;

Zweigert, Konrad, *Méthodologie du droit comparé,* în Mélanges Maury, vol. I, Paris, 1960, pp. 579-596.

Capitolul III. Definiția dreptului comparat

Secțiunea 1. Ce este dreptul comparat?

Având în vedere marea varietate de concepții în ceea ce priveşte natura comparării juridice, împletită adesea cu „fuga de definiție", a da o definiție clară, general acceptată dreptului comparat este un demers extrem de dificil. O sinteză şi o clarificare a opiniilor exprimate pe această temă în dreptul comparat clasic se poate totuşi şi este necesar a se face, cel puțin din considerente pedagogice. Dacă am încerca să facem o grupare a ideilor exprimate, putem constata că, în mare parte, opiniile comparatiştilor se masează în jurul a două mari ipoteze: **dreptul comparat ca știință** şi **dreptul comparat ca simplă metodă**. Ne vom mărgini deci să prezentăm în continuare cele două curente doctrinare, în speranța că vom putea smulge acestora o definiție, cel puțin pedagogică, a dreptului comparat. Discuția trebuie să plece însă de la o clarificare terminologică a titlului disciplinei, având în vedere faptul că terminologia captează un întreg univers semantic, permițând, astfel, de la bun început, poziționarea ideologică a comparatiştilor dreptului.

§1. Noțiunea de „Drept comparat"

Ca orice alt demers ştiințific serios, şi dreptul comparat a resimțit nevoia de a clarifica instrumentele conceptuale prin care urmau să fie grupate şi vehiculate noile cunoştințe dobândite. Demersul specialiştilor nu a început cu nimic altceva decât chiar cu sintagma «drept comparat» menită să individualizeze noua disciplină în rândul celorlalte discipline juridice. Ca şi alte probleme ale dreptului comparat, însăşi problema denumirii disciplinei a fost şi este departe de a întruni universalitatea opiniilor. Totuşi, marea masă a comparatiştilor se reuneşte în a atrage atenția asupra faptului că sintagma drept comparat */droit comparé* (fr.) / *comparative law* (engl.) / *diritto comparato* (it.) / *derecho comparado* (span.) este nepotrivită pentru conținutul propriu demersului comparatist, deoarece ea sugerează că dreptul comparat ar fi o ramură a sistemului național de drept cu un statul egal celui aparținând dreptului civil, constituțional, penal, al familiei etc. Or, este evident pentru toți comparatiştii că dreptul comparat nu este o totalitate de norme juridice care reglementează anumite raporturi sociale specifice (Legeais, 2004: 407). „Compararea unor norme de drept (...) nu conduce

la formularea de norme (*juridice*, n.n.) noi, independente, care trebuie să reglementeze raporturile sau convențiile între oameni", sublinia și comparatistul englez H.C. Gutteridge (Gutteridge, 1953: 2). Cu atât mai puțin, dreptul comparat ar putea fi definit ca un sistem de drept (transnațional) (Pfersmann, 2001: 276-278).

În consecință, comparatiștii, încercând să evite această capcană terminologică, s-au îndreptat spre alte formulări considerate mai fericite, menite să accentueze mai puțin valențele de disciplină autonomă ale dreptului comparat, cât valențele sale instrumentalist-metodologice. Printre primii, R. David a propus utilizarea expresiilor de *comparaison des droits* sau chiar „metoda comparativă" (David, 1950: 4). M. Ancel (1971: 31) și H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf (1978: 171) au găsit aceeași soluție în germanul *Rechtsvergleichung* / comparare juridică, ce exprimă clar demersul comparativ. Un autor olandez (de origine greacă), D. Kokkini-Iatridou, a descoperit un titlu prea descriptiv, dar mult mai bun evocator al fenomenului studiat: *Een inleiding tot het rechtsverlijkende onderzoek* / O introducere în cercetarea comparativă a dreptului (van der Helm & Meyer, 1991: 50). Formula a fost parțial acceptată și de autori mai recenți, cum sunt A.J. van der Helm și V.M. Meyer, care au optat pentru sintagma *Comparer en droit*. În spațiul englez al cercetării comparative au fost acceptate soluții asemănătoare: *comparative study of law/comparative legal study and research* (Kamba, 1974: 487). Alte formule, ca *Théorie générale comparée du droit* și *législation comparée,* nu au avut succes, singurul lor merit fiind, așa cum remarca Gutteridge, de a releva o tendință: aceea de a defini dreptul comparat în lumina funcțiilor pe care acesta poate fi chemat să le îndeplinească (Gutteridge, 1953: 19).

În ciuda acestor tendințe și explicații, extrem de juste, în ciuda faptului că utilizarea acestei sintagme ar descoperi, așa cum considera E. Agostini, „o concepție romantică scufundată în visul mirific al unui drept universal" (Agostini, 1988: 22), a rămas un obicei printre comparatiști de a utiliza sintagma **drept comparat**. Asta deoarece terminologia respectivă a fost utilizată ca atare de ani de zile, intrând în uzul comparatiștilor, continuând a fi folosită cu un înțeles specific, în baza unei convenții terminologice (Ancel, 1971: 31; Gutteridge, 1953: 18). Pentru comparatiștii noului val critic însă, sintagma „drept comparat" nu comportă un simplu acord lingvistic, ci și profunde implicații ideologice. Dreptul comparat devine, astfel, o denumire a unei discipline autonome ce are ca obiect studiul critic al dreptului în context, în scopul sporirii cunoașterii pe care o avem despre drept în societate (Örücü, 2004: 14). Pentru a puncta mai clar accentul pus, cu precădere, pe compararea dreptului în context socio-cultural și mai puțin pe compararea normelor juridice, unii comparatiști au folosit formule ca „Studiul comparativ al dreptului" (*Comparative Study of Law*) sau „Studii juridice comparati-

ve" (*Comparative Legal Studies*). Acest fapt ne-a determinat să utilizăm în continuare sintagma „drept comparat", însă sub rezerva precizărilor mai sus făcute. Sub umbrela acestei sintagme putem include atât perspectiva instrumentalistă, normativist-pozitivistă a dreptului comparat clasic, cât şi perspectiva critică a dreptului comparat postmodern.

§2. Dreptul comparat: Ştiinţă sau metodă?

Chiar şi gruparea opiniilor comparatiştilor în materia naturii dreptului comparat în adepți ai „ştiinței" şi adepți ai „metodei" nu este una foarte uşoară. Acest lucru este dovedit şi de numărul redus al celor care au încercat să o facă (Constantinesco, 1997: 184-224; Ancel, 1971: 29-39; Sugiyama, 1938: 50-60). Definirea dreptului comparat ca metodă sau ştiință s-a făcut din atâtea unghiuri ideologice diferite, cu atâtea scopuri diferite, din atâtea perspective ştiințifice diferite încât nu e foarte simplu a spune că un anume comparatist e adept al uneia sau alteia dintre teorii. Precizări suplimentare trebuie făcute în cadrul fiecărei direcții ideologice şi în cazul fiecărui comparatist.

2.1. Dreptul comparat ca ştiinţă autonomă

Faptul de a aborda mai întâi teoria „ştiinței" şi nu teoria „metodei" nu are o relevanță absolută în ceea ce priveşte ordinea istorică a apariției celor două perspective teoretice asupra naturii dreptului comparat. Opinii susținând ambele teorii au existat în toate epocile de dezvoltare ale acestuia, fiind întâlnite, adesea, chiar la acelaşi autor. Nu este mai puțin adevărat, însă, că istoria dreptului comparat a fost marcată, la începuturile sale, de un val predominant de opinii care argumentau, din diverse unghiuri, teoria „ştiinței autonome". Fără a urmări cu acribie o grupare pe epoci (diacronică) a acestor opinii, vom lua această ultimă remarcă ca pe un simplu punct de reper care să ne ofere o direcție de abordare a problemei studiate. Pe de altă parte, aşa cum remarca Constantinesco (Constantinesco, 1997: 207), o bună parte a comparatiştilor adepți ai acestei teorii (*e.g.* Saleilles, Lambert) au susținut, cel puțin implicit, că dreptul comparat este, în acelaşi timp, şi metodă, astfel încât discuția asupra metodei va fi permanent avută în vedere.

A crede din nou că, odată ce am delimitat gruparea adepților teoriei „ştiinței", ne putem lansa într-o expunere odihnitoare a concepțiilor comparatiştilor, este, de asemenea, o iluzie. Având în vedere că direcțiile în care a fost căutat domeniul dreptului comparat ca ştiință autonomă sunt multiple şi contradictorii, s-a impus un demers taxonomic. Constantinesco, de

exemplu, într-unul din cele mai complexe demersuri de coagulare şi clasificare a multiplelor definiții date dreptului comparat, a încercat să pună ordine în hățişul opiniilor ce susțin calitatea de ştiință a dreptului comparat, plecând de la necesitatea de a delimita un obiect de studiu şi o metodă proprie. Demersul său este util, cel puțin din punct de vedere pedagogic, deoarece scoate în evidență diversitatea de perspective, nevoia sau lipsa de interes pentru teoretizare, apetitul pentru pragmatism sau pentru reflecția metodologică. Chiar dacă este de acord cu asimilarea dreptului comparat cu o ştiință autonomă, Constantinesco percepe ca incomplet orice demers de categorizare lipsit de argumente pertinente (Constantinesco, 1997: 208). Concluzia sa, conform căreia demersul de definire a dreptului comparat ca ştiință a condus la „un fel de confuzie generală, dovadă că numeroşii autori care s-au ocupat de problemă n-au reuşit să demonstreze în ce şi pentru ce dreptul comparat este o ştiință autonomă" (*idem*: 207), este ilustrativă pentru întreaga problematică.

2.1.1. Dreptul comparat între ştiință auxiliară şi ştiință autonomă

Analiza critică a lui Constantinesco este pe deplin justificată, în condițiile în care acreditarea dreptului comparat ca ştiință autonomă nu a fost, cel puțin în primele decenii ale existenței disciplinei, un demers foarte simplu. Provocarea consta în a delimita un domeniu distinct de cunoaştere, cu un obiect propriu, în a demonstra existența unei metodologii care să exploateze unitar obiectul cunoaşterii şi, evident, o masă de cunoştințe noi dotată cu un anume grad de unitate şi coerență. Soluțiile nu erau deloc simplu de oferit. Exista deja o ştiință a dreptului alături de o serie de ştiințe juridice auxiliare care aveau deja acelaşi obiect de studiu: dreptul şi care utilizau, în mod natural, metoda comparativă, alături de alte metode. Prin urmare, încercarea de a demonstra că dreptul comparat reprezintă ceva mai mult decât simpla metodă comparativă însemna un efort teoretic de a găsi acestuia o identitate proprie în cadrul analizei ştiințifice a dreptului şi de a-l delimita de diversele şi numeroasele discipline juridice şi ştiințe juridice auxiliare. Succesul a fost, adesea, îndoielnic, în condițiile în care marea majoritate a comparatiştilor a susținut, implicit sau explicit, că dreptul comparat este, în acelaşi timp, şi ştiință şi metodă (Constantinesco, 1997: 207). Mai mult, influența unor importante curente filosofice de la sfârşitul secolului al XIX-lea şi începutul secolului al XX-lea s-a făcut resimțită într-un mod mai curând negativ, diminuând şansele unei abordări ştiințifice autonome a dreptului comparat. În genere, analiza istorică a opiniilor despre natura de ştiință a dreptului comparat descoperă o trecere treptată de la o confuzie între obiectul şi funcțiile dreptului comparat la o definiție centrată pe un obiect propriu al dreptului comparat, distinct de funcțiile acestuia. Acest parcurs

marchează trecerea lentă de la abordarea dreptului comparat ca o știință juridică auxiliară la înțelegerea acestuia ca o știință juridică autonomă/pură.

„Funcționaliștii" (cei care defineau dreptul comparat prin funcțiile sale) n-au făcut altceva decât să dea expresie diverselor curente de idei ce dominau epoca. Iar epoca a fost pe deplin dominată de o evidentă tendință spre universalism, uniformizare și, implicit, de interesul de a evidenția similitudinea în drept. Această abordare a fost prezentă, de exemplu, în **perspectiva istoricistă/evoluționistă** susținută de un grup important de participanți la Congresul de la Paris din 1900 (Kovalewski, Tarde, Pollock și Kohler). Ideea centrală a acestei perspective era, în opinia lui Lambert, că dreptul comparat are sarcina de a releva jurisconsulților legile naturale cărora li se supun aceste manifestări ale vieții sociale al căror ansamblu alcătuiește dreptul, de a-i face să sesizeze legătura și rațiunea de a fi a transformărilor vieții juridice, de a le îngădui să descopere care sunt, pentru fiecare instituție, formele ce corespund diverselor faze ale dezvoltării sociale, diverselor regimuri economice (Constantinesco, 1997: 209). Acestora li se adăugau studierea relațiilor de succesiune între diferitele fenomene juridice, în scopul descoperirii cauzelor care explică aceste relații (Lambert, Raoul de la Grasserie) ori descoperirea etapelor de dezvoltare ale dreptului (Sauser-Hall). Metoda istorică se afla în centrul atenției, nu întâmplător, pentru comparatiștii epocii, dreptul comparat se identifica cu Istoria universală a dreptului (Kholer), cu Jurisprudența istorică (Pollock), cu Istoria legislațiilor comparate (Sauser-Hall) sau Istoria comparativă (Lambert).

Dincolo de interesul pentru prelevarea în perspectivă istorică a legilor de evoluție a dreptului, **școala universalistă** a proiectat finalități generoase dreptului comparat, în principal de natură practică, în spiritul unificator al epocii. Distincțiile se pierd într-o confuzie totală între metoda comparativă și știința dreptului comparat. În aceeași notă instrumentalist-funcționalistă, **R. Saleilles** susținea că scopul comparării este de a desprinde tipul ideal al instituțiilor și al normelor juridice comune, care alcătuiește dreptul comun al umanității civilizate. Acest drept comun avea, însă, pentru Saleilles, doar o valoare subsidiară, activitatea comparativă fiind subordonată interpretării jurisprudențiale și reformelor legislative. Tocmai de aceea, autorul vorbește într-adevăr despre o știință a dreptului comparat, însă doar ca o știință auxiliară dreptului național. În acest context, dreptul comparat devenea un instrument al politicii legislative și al jurisprudenței naționale, soluțiile și instituțiile juridice desprinse din comparare fiind niște instrumente sigure și obiective pentru a călăuzi activitatea tribunalelor naționale. Pentru **E. Lambert**, Legislația comparată are drept menire a desprinde din confruntarea sistemelor juridice pe care le compară fondul comun de concepții și de instituții care există latent. Spre deosebire însă de Saleilles, care vorbea

despre un drept comun a întregii umanități civilizate, Lambert considera că dreptul comun legislativ trebuie descoperit la nivelul unei grupări restrânse de popoare unite prin legături strânse de o educație comună, apropiate prin acțiunea unor foarte numeroase influențe istorice și economice.

Perspectiva pragmatică a lui Lambert în materie de unificare a legislațiilor a fost urmată și amplificată în contextul importantelor demersuri de unificare a dreptului comercial realizate în perioade antebelică și, mai ales, interbelică. Astfel, **H. Levy-Ulmann**, propunea o uniformizare treptată a dreptului ce reglementează relațiile de afaceri, realizată printr-un drept comparat definit ca ramură a științei juridice iar **M. Sarfatti**, așeza știința propriu-zisă a dreptului comparat în slujba unei unificări legislative internaționale, privită ca un drept comun legislativ sau drept comun al umanității (Sarfati, 1938: 63). Definirea dreptului comparat ca știință dintr-o perspectivă universalistă a avut loc și după cel de-Al Doilea Război Mondial, în condițiile în care nevoia de solidaritate între oameni era afirmată cu intensitate. Ca parte a unei incerte științe a dreptului supranațional, dreptul comparat era menit, în opinia lui **N. Sugiyama**, să elaboreze dreptul universal, într-o oarecare armonie cu sistemele de drept naționale, apropiind între ele diversele sisteme de drept pozitiv existând în state și în afara statelor (Sugiyama, 1938: 59).

Definirea dreptului comparat prin intermediul funcțiilor sau finalităților sale a făcut loc unei abordări ce a urmărit să surprindă esența comparării în drept prin intermediul **obiectului de comparat**. Unul din cele mai clare demersuri a aparținut, încă din epoca Congresului de la Paris (1900), juristului francez **A. Esmein**. Celebrul jurist pleacă de la ideea că în spatele fiecărei instituții juridice sau sistem de drept se găsește un principiu sau ideea generală/fundamentală pe care cercetătorul le poate descoperi prin intermediul unor metode de observație, *i.e.* istoria dreptului și dreptul comparat. Dintre acestea, autorul constată că dreptul comparat este o metodă mult mai exactă și cu mai multă forță decât istoria dreptului. Pe de altă parte, Esmein face o distincție relevantă între legislația comparată, ce are în vedere o simplă juxtapunere între dreptul naționale și instituții de drept străin, și dreptul comparat care are capacitatea de a scoate în evidență ideile fundamentale ce stau la baza fiecărei instituții și ordini juridice. Acest lucru se realizează prin integrarea fiecărui drept național unui anumit sistem de drept original, dominat de o idee generală/fundamentală comună. Astfel, Esmein ajunge la concluzia că obiectul științei dreptului comparat rezidă în „clasarea legislațiilor diverselor popoare, reducându-le la un mic număr de familii sau grupe, fiecare reprezentând un sistem de drept original, și a cunoaște formarea istorică, structura generală și trăsăturile distinctive ale fiecăreia din aceste sisteme" (Rambaud, 2014: 15-17). Se evidențiază aici atât o distincție primară între micro și macrocomparație, cât și delimitarea

grupării sistemelor de drept naționale în familii juridice ca obiect privilegiat al unei științe a dreptului comparat. Treptat, această idee, deși prost exploatată ca obiect distinct al dreptului comparat înțeles ca știință juridică autonomă, începe să-și facă simțită prezența în literatura comparativă (Weiss, 1934: 9; Riese, 1950). Ideea a fost dezvoltată cu mai multă claritate de autorii **P. Arminjon, B. Nolde și M. Wolff**. Aceștia reiau în lucrarea lor celebră distincția deja tradițională între dreptul comparat ca știință autonomă și dreptul comparat ca disciplină auxiliară (1950-1951: 22). Ceea ce diferă, însă, sunt argumentele în baza cărora cei trei fac distincția între cele două aspecte. Ca disciplină auxiliară, dreptul comparat are în vedere studierea unui număr restrâns de sisteme juridice, fiind doar un mijloc de a înțelege mai bine instituțiile juridice, legile naționale și străine. Ca disciplină autonomă, în *virtutea caracterului său normativ* (s.n.), dreptul comparat are ca obiect studiul comparat al sistemelor juridice existând în țările cu civilizație modernă în scopul de a desprinde din ele și de a descrie elementele comune (*idem*: 29) și de a pune în lumină elementele proprii fiecăreia dintre ele în ceea ce au universal. Aproximativ în același registru se înscrie și **M. Rotondi**. Comparatistul italian concepe o știință universală a dreptului comparat pusă în slujba cunoașterii și înțelegerii sistematice a fenomenelor juridice. O știință generală a dreptului, opusă științei dogmatice a dreptului pozitiv, susține autorul, nu se poate stabili decât prin analiza istoric-comparativă a legilor naturale care determină și guvernează evoluția fenomenului juridic, prin analiza raporturilor ce unesc sistemele de drept trecute și actuale ori familiile sau categoriile în care le putem clasa pe acestea (Rotondi, 1968: 13). Comparatistul american **J.H. Wigmore** (1928) se alătură celor care văd obiectul științei dreptului comparat în gruparea în familii juridice a sistemelor de drept (*Comparative Legal Corporealogy*).

Dincolo de această viziune, definirea dreptului comparat ca știință prin detectarea unui obiect propriu s-a derulat prin simple afirmații lipsite de precizarea concretă a vreunui obiect sau de vreun argument concret (de Sola Canizares; Neuhaus; Dolle; Oteteleșanu, 1938: 22)

2.1.2. De la metodă la știință

Foarte importantă pentru dezvoltarea și definirea dreptului comparat ca știință juridică autonomă a fost percepția celor care au privit metoda dreptului comparat ca fiind capabilă să producă o masă suficient de mare și distinctă de cunoaștere încât dreptul comparat să se autonomizeze ca disciplină/știință autonomă. Acest demers a permis ca, în final, dincolo de ipoteze și simple afirmații, dreptul comparat să demonstreze că are, într-adevăr, o identitate științifică proprie. Pentru **G. Fontana** (1938), caracterul de știință autonomă al dreptului comparat rezidă în natura cercetării: dacă un studiu

de drept comparat este făcut cu un scop teoretic, el aparține științei, dacă este făcut cu un scop practic, aparține metodei. Se desprindea astfel ideea unei perspective ne-instrumentaliste care să identifice dreptul comparat printr-o finalitate pur științifică. **B. Blagojevic** susținea, astfel, că printr-o aplicare sistematică a metodei comparative, aceasta are șanse să facă din rezultatele obținute o știință autonomă (Blagojevic, 1953: 656).

Pentru comparatistul francez **M. Ancel**, dreptul comparat reușise deja să facă saltul de la metodă la știință. Apărând caracterul de știință al dreptului comparat, Ancel arată că argumentul lipsei unui obiect propriu ce stă la baza teoriei critice a dreptului comparat ca știință este adevărat, însă nu decisiv. Deoarece, în acest caz, susține autorul, „ar trebui să refuzăm caracterul de știință teoriei generale a dreptului sau filosofiei dreptului care ele însele operează asupra noțiunilor aparținând uneia sau alteia din ramurile speciale ale dreptului. Or, e evident că există în procesul comparării juridice (...) un aspect substanțial și un conținut științific diferit de cel al disciplinelor juridice interne sau al disciplinelor generale la care vine să se refere" (Ancel, 1971: 36). În consecință, pentru Ancel dreptul comparat este o știință în măsura în care el are ca obiect studierea marilor sisteme de drept în vigoare. Această știință mai poate fi numită și „geografie juridică" și reprezintă un demers analog și paralel istoriei instituțiilor dreptului. Chiar dacă a fost o metodă la început, metoda comparativă a ajuns cu timpul la un rezultat, un produs care a devenit obiectul unei științe specifice. Iar acest produs reprezintă un ansamblu de cunoștințe sistematic organizate, așa cum presupune orice știință. Specific lui Ancel e faptul că nu se pronunță pentru compararea sistemelor juridice dintr-o perspectivă statică, pur tehnică. Autorul se pronunță pentru o comparare care să ia în calcul regimul socio-economic, perspectivele politicii legislative, filosofia proprie, spiritul în care se aplică dreptul. Această viziune sociologică asupra dreptului comparat a condus, având în vedere că societatea este permanent în schimbare, la o concepție evolutivă a dreptului comparat (Marx, 1975: 12-13).

2.1.3. Leontin-Jean Constantinesco

Demersul cel mai sistematic și mai complex, încercând să dea răspunsuri clare tuturor problemelor, în sensul demonstrării existenței unei științe autonome a dreptului comparat aparține juristului francez (de origine română) **L.-J. Constantinesco**. De-a lungul unei opere impresionante, în trei volume, acesta încearcă să descopere, să analizeze și să elimine cauzele ce au condus la eșecul întemeierii unei științe autonome a dreptului comparat, să stabilească și să explice adevăratele elemente ale comparației în drept ca știință.

Principala cauză a eşecului sus menționat este, în opinia autorului, teama, incapacitatea sau dezinteresul comparatiştilor de a clarifica conceptele de metodă şi de ştiință. În lipsa acestui demers este imposibil de stabilit unde sfârşeşte metoda şi unde începe ştiința. Autorul nu neagă existența unei metode comparative. Ea trebuie însă delimitată strict de dreptul comparat ca ştiință, punându-se în lumină specificitatea fiecăruia, precum şi raporturile dintre ele. Astfel, „metoda comparativă reprezintă un demers ordonat şi sistematic, având scopul de a câştiga noi cunoştințe" (Constantinesco, 1997: 226). Ea se aplică în toate domeniile dreptului. Ştiința, în schimb, este un mod de a explica şi a cuprinde un ansamblu de cunoştințe desprinse dintr-un domeniu propriu şi delimitat, ordonându-le şi clasificându-le. Aceasta deoarece este de natura ştiinței de a ordona masa de cunoştințe obținute, reducând multiplicitatea faptelor la unicitatea regulilor. În consecință, ştiința dreptului comparat este o ştiință autonomă doar în măsura în care ea pune probleme noi, deci se angajează în domeniile ştiințifice neexploatate, deoarece ele nu formează obiectul şi domeniul vreunei alte discipline (Constantinesco, 1997: 226-227). Totuşi, cele două nu se exclud, după cum remarcă autorul. Ele nu sunt decât fețele complementare ale aceluiaşi tot. În măsura în care orice ştiință trebuie să-şi abordeze propriul domeniu prin intermediul unei metode, şi dreptul comparat, ca ştiință autonomă, trebuie să posede o metodă. Iar metoda dreptului comparat este metoda comparativă. Aceasta din urmă permite celei dintâi să se edifice prin rezultatele obținute. Departe de a se confunda, amândouă se disting; însă, departe de a se respinge una pe alta, ele se completează (*idem*: 230). Prima este o metodă care duce la rezultate fragmentare. A doua este o disciplină care, selecționând, ordonând şi clasând rezultatele parțiale obținute cu ajutorul metodei comparative, permite dobândirea unor cunoştințe noi într-un domeniu neexplorat (*idem*: 229).

Trebuie făcută, în consecință, o distincție. Metoda comparativă comportă două nivele, în funcție de obiectele şi scopurile sale. Pe de o parte, vorbim despre **microcomparație / micro-comparare** ce reprezintă, în viziunea lui Constantinesco, apropierea comparativă de reguli sau instituții juridice aparținând unor ordini juridice diferite. Rezultatele sale sunt însă doar parțiale, nişte microelemente. Obiectivul ei este de a arunca lumină asupra unei instituții sau reguli juridice, cu finalități dintre cele mai diverse, atât teoretice, cât şi practice. De cealaltă parte, există **macrocomparația** şi pe aceasta o consideră autorul ca fiind adevăratul nivel de manifestare al dreptului comparat ca ştiință autonomă. Spre deosebire de microcomparație, macrocomparația are în vedere structurile determinante ale ordinilor juridice, caracteristicile lor morfologice esențiale, macroelementele, în scopul de a stabili familiile juridice şi marile sisteme juridice. Aceste structuri

determinante sunt descoperite însă plecând de la rezultatele microcomparării, în cadrul cărora macrocompararea distinge, aşa cum aminteam mai sus, prin selecţie şi ordonare, între elementele fungibile şi cele nefungibile/determinante.

Făcând această diferenţă, autorul trage şi concluzia de rigoare: comparatiştii au eşuat în a stabili o ştiinţă autonomă a dreptului comparat deoarece au confundat microcomparaţia cu macrocomparaţia. În ceea ce-l priveşte, autorul consideră că a demonstrat existenţa tuturor elementelor necesare existenţei acestei ştiinţe: **obiect** (domeniu) propriu de cercetare: elementele determinante şi, mai apoi, structurile determinante ale sistemelor de drept/ordinilor juridice (macrocomparaţia); **metodă** proprie: metoda comparativă; **scop** propriu: gruparea ordinilor juridice în mari familii juridice.

Există, în consecinţă, mai multe nivele de abordare a dreptului: a. nivelul normelor juridice şi al instituţiilor juridice, prin intermediul microcomparaţiei; b. nivelul ordinilor juridice; c. nivelul marii familii juridice/sistemului juridic din care face parte respectiva ordine juridică; d. nivelul pluralităţii marilor familii juridice/sistemelor juridice, toate acestea din urmă prin intermediul macrocomparaţiei. Fiecare nivel reprezintă rezultatul selecţiei, ordonării şi clasificării făcute la nivelul inferior.

În ciuda acestor eforturi ştiinţifice sistematice, bătălia pentru impunerea unui drept comparat ca ştiinţă era aproape pierdută în apropierea ultimului sfert de secol XX. Elaborata teorie a lui Constantinescu nu a convins, din păcate, mulţi comparatişti de existenţa unui domeniu şi a unei metode proprii dreptului comparat.

2.1.4. Sfârşitul secolului al XX-lea

Dreptul comparat ca ştiinţă autonomă nu şi-a pierdut totuşi adepţii la sfârşitul secolului al XX-lea, în condiţiile în care dreptul comparat era dominat de adepţii „metodei". Autorii acestei perioade au resimţit nevoia recursului teoretic asupra naturii de ştiinţă a dreptului comparat, fără a aduce, în cele din urmă, nimic nou cu privire la problema în discuţie. **A.J. van der Helm** şi **N.M. Meyer** se mulţumesc să constate că tentativele de a crea o ştiinţă a dreptului comparat au ajuns la un impas şi că majoritatea comparatiştilor au abandonat această discuţie considerată fără rezolvare (van der Helm & Meyer, 1991: 48). Opinia autorilor se cerne în cele din urmă în contextul prezentării teoriei lui Constantinescu privind ştiinţa dreptului comparat şi rolul macrocomparaţiei: „În ceea ce ne priveşte, remarcă autorii, noi nu concepem această disciplină ca autonomă. Noi credem că abordarea comparativă la nivel macro sau micro poate contribui la o nouă înţelegere a faptelor juridice în societatea noastră, dar această înţelegere se situează întotdeauna în interiorul socio-juridicului" (van der Helm & Meyer, 1991: 75-76).

Mult mai nuanțată şi mai apropiată de problematica complexă a problemei studiate ni se pare a fi opinia autorului suedez **M. Bogdan** (1994). În concordanță cu opinia majoritară de aproximativ 50 de ani încoace, autorul pleacă de la constatarea că discuțiile asupra acestei probleme au un simplu interes teoretic, în ciuda efortului considerabil depus de către comparatişti în acest domeniu. Pentru autor, natura de metodă a dreptului comparat nu se poate pune în discuție atunci când comparatistul are în vedere simpla punere față în față a unor instituții specifice aparținând la două sisteme de drept diferite (de exemplu, apelabilitatea deciziilor administrative în Suedia şi Anglia), moment în care ne găsim încă în cadrul dreptului administrativ, şi nici atunci când comparatistul începe să lucreze cu rezultatele comparației (de exemplu, când încearcă să explice diferențele şi asemănările dintre dreptul suedez şi cel englez), moment în care ne situăm în domeniul dreptului administrativ comparat sau (mai corect, n.n.) în domeniul *cercetării în dreptul administrativ folosind metoda comparativă* (s.n.). Pe de altă parte, autorul recunoaşte că există anumite probleme, de un înalt nivel de abstracție, cum ar fi compararea ierarhiei izvoarelor dreptului, căutarea miezului comun al sistemelor de drept, gruparea sistemelor de drept în mari familii juridice, care ar putea face obiectul unei ştiințe autonome a dreptului comparat. Autorul ezită însă în a afirma cu tărie acest lucru, arătând că „(...) ar fi poate mai bine a spune că cineva realizează această cercetare specială în cadrul teoriei generale a dreptului, [cercetare] care presupune folosirea metodei comparative" (Bogdan, 1994: 24). Revenim, în consecință, la mult disputata problemă a obiectului propriu de cercetare a dreptului comparat, în lipsa căruia acesta nu poate fi redus decât la metodă. Însă nu o simplă metodă, ne asigură Bogdan. Autorul face distincția între *caracterul ştiințific* (s.n.) al muncii în cadrul dreptului comparat şi caracterul acestuia de ştiință autonomă. Munca specializată în cadrul dreptului comparat are un caracter ştiințific, fără a fi prin aceasta o ştiință autonomă. De aceea, dreptul comparat, având atâtea chestiuni şi probleme proprii, poate fi considerat ca o specializare în cadrul fiecărei branşe a dreptului. Şi tocmai pentru că are un grad propriu de dificultate şi probleme proprii, abordarea lui independentă, în cadrul unor monografii sau cursuri este bine justificată (Bogdan, 1994: 25).

Începutul anilor 1990 a adus însă şi mai multă claritate şi mai multă fermitate în conturarea naturii de ştiință (autonomă) a dreptului comparat. Acceptând faptul că dreptul comparat nu are un obiect propriu de studiu, comparatistul italian **R. Sacco** nu consideră mai puțin că dreptul comparat reprezintă o ştiință. Este adevărat, el este o ramură a ştiinței juridice, iar cunoştințele pe care le obține aparțin juridicului (Sacco, 1991a: 8), dar pentru aceasta nu i se poate contesta caracterul de ştiință. Nu atâta timp

cât dreptul comparat realizează cercetare pură şi reuneşte cunoştinţe teoretice, indiferent de orice utilizare practică a acestor cunoştinţe (*idem*). Ca ştiinţă, dreptul comparat se legitimează nu doar prin modalitatea specifică de abordare a dreptului, ci şi printr-un scop specific: de a dobândi cunoaşterea diverselor norme şi instituţii juridice ce sunt comparate. Acest lucru nu elimină din ecuaţie finalităţile practice ale dreptului comparat: analiza diferenţelor şi a asemănărilor dintre diversele modele juridice poate fi de folos demersului de unificare a dreptului, precum şi receptării unui asemenea model juridic. Esenţial este însă plusul de cunoaştere pe care comparatistul îl câştigă dincolo de aceste finalităţi practice. Sacco dă exemple concrete, relevante pentru începutul anilor 1990: analiza sofisticată a diferenţelor dintre dreptul ţărilor socialiste şi capitaliste, dintre *common law* şi tradiţia dreptului civil/romano-germanică; reconstrucţii detaliate ale dreptului etnic; evaluarea profundă a dreptului african şi asiatic prin contactul cu dreptul european (Sacco, 1991b:4). Aflat printre precursorii noului val critic în dreptul comparat, Sacco a aşezat bazele ideologice necesare unei relansări decisive a problemei dreptului comparat ca ştiinţă la începutul secolului al XXI-lea.

2.1.5. Redeschiderea dosarului „dreptul comparat ca ştiinţă" la începutul secolului al XXI-lea

Deşi dosarul naturii dreptului comparat părea a fi definitiv clasat, în urma unei „sentinţe" care favoriza pe deplin teoria „metodei", începutul secolului al XXI-lea cunoaşte nu doar un reviriment al tematicii, ci şi un discurs centrat pe argumentarea statutului de ştiinţă autonomă/disciplină academică distinctă al dreptului comparat. Semnificativ este faptul că problematica nu este abordată în limitele vechilor tipare conceptuale şi ideatice centrate pe coordonatele pozitivismului juridic, ci pe depăşirea acestora.

Ca urmare, asumând o poziţie critică faţă de caracterul pur instrumentalist al dreptului comparat înţeles ca metodă (Valcke, 2004: 715), aceste noi perspective pleacă de la chestionarea obiectului clasic al dreptului comparat – dreptul. Motivul serios pentru care dreptul comparat ar fi devenit un simplu instrument de dezvoltare a dreptului/ştiinţei dreptului este abordarea exclusivă a dreptului din cărţi (*law in books*) sau dreptului din text, prin echivalarea dreptului cu normele, instituţiile şi sistemele juridice. În viziunea teoriei „dreptului comparat ca teorie/filosofie a dreptului" (*comparative law and jurisprudence*), pozitivismul juridic nu oferă comparatistului decât perspectiva unei pluralităţi juridice, *i.e.* sistemele de drept naţionale autarhice. Compararea juridică are însă nevoie atât de unitate, cât şi de pluralitate pentru a putea exista ca atare. Dincolo de pluralismul sistemelor de drept naţionale, compararea juridică are nevoie de o legătură care să confere unitate acestora. Recurgând la resursele iusnaturalismului, această

teorie găsește unitatea dreptului în ideile dreptului, *i.e.* concepțiile intelectuale care stau la baza instituțiilor principale ale diverselor sisteme juridice străine (*idem*: 739). În aceste condiții, abordând pluralitatea în diversitatea sistemelor de drept naționale și unitatea în ideile comune care stau în spatele diversității instituționale, comparând și analizând modul în care ideile juridice comune dobândesc expresii instituționale diferite în diverse sisteme de drept, dreptul comparat se particularizează ca o disciplină academică de sine stătătoare, distinctă atât de drept în general cât și de filosofia dreptului (*idem*: 740). Ca urmare, spre deosebire de dreptul comparat clasic ce se ocupă doar de dreptul din cărți, dreptul comparat ca teorie/filosofie a dreptului se ocupă (și) de gândirea juridică (*law in mind*) sau de structurile interne ale cunoașterii juridice. Acest obiect/obiectiv îi conferă dreptului comparat statutul de subiect în sine (Samuel, 1998: 833).

Nu doar curentul de idei care exploatează științific raportul intim dintre dreptul comparat și filosofia dreptului se manifestă în favoarea unui drept comparat ca știință juridică autonomă. În genere, toate abordările din noul val critic, postmodern, al dreptului comparat încearcă să se delimiteze de identificarea clasică a comparării juridice cu metoda comparativă și să accentueze, generic, necesitatea abordării dreptului în context meta-normativ și metajuridic. Dreptul comparat nu mai este interesat de expresia vizibilă a dreptului, *i.e.* norme, instituții, legi, coduri, ramuri și sisteme de drept, ci de cunoașterea și înțelegerea legăturilor intime dintre drept și societate, dintre drept și cultură (în sens larg). Ca urmare, alteritatea juridică este descoperită în determinările ascunse, invizibile și greu accesibile dintre drept și contextul său socio-cultural, economic, politic și istoric. De aceea, interesul pentru norme și instituții juridice este înlocuit de interesul pentru latitudinile hermeneutice și epistemologice ale dreptului în societatea care îl creează și îl pune în practică. Pentru curentul culturalist, adept al dreptului înțeles prin prisma culturii, de exemplu, relevantă este modalitatea în care actorii dreptului într-o anumită societate au cunoștință despre drept, raționează despre drept și înțeleg dreptul sub influența contextului socio-cultural, într-un cuvânt, ceea ce contează ca obiect al comparației este **mentalitatea juridică** (Legrand, 1996). Abordarea acestui obiect specific în cadrul unor „studii juridice comparative" și nu în cadrul dreptului comparat face o trecere terminologică clară de la metodă la știința autonomă.

Acest lucru a însemnat reconsiderarea obiectului științei autonome a dreptului comparat așa cum l-a înțeles dreptul comparat clasic. Gruparea sistemelor de drept naționale, deși a rămas obiect de studiu al dreptului comparat, a fost puternic reevaluată din perspectiva criticii postmoderne și transformată într-un obiect alături de alte posibile obiecte ale științei dreptului comparat. Interesant este că, sub influența lui P. Legrand, perspectiva

a început să se schimbe chiar şi în literatura franceză de drept comparat, dominată fără drept de apel doar de tradiționala grupare a sistemelor de drept în familii juridice (Rambaud, 2014).

2.2. Dreptul comparat ca metodă

De cealaltă parte a baricadei se află cei care, aşa cum remarcam, se pare că au câştigat, în final, bătălia pentru clarificarea naturii ştiințifice a dreptului comparat. Putem aminti în această grupă, începând chiar cu epoca Congresului de la Paris, o serie de jurişti care, cel mai adesea, s-au mulțumit să facă simple aserțiuni fără a încerca să-şi argumenteze poziția. Astfel, **L. Duguit** (1900) se întreba dacă „dreptul comparat este o ştiință independentă (...) dacă el merită calificarea de ştiință". **F. Pollock** (1900), un alt participant la Congres, afirma că „dreptul comparat nu este o ştiință proprie, ci doar introducerea metodei comparative în drept". Autorul italian **W. Cesarini-Sforza** (1913) afirma şi el, la distanță de mai bine de un deceniu, că dreptul comparat este doar o metodă. Opinia sa urma să fie acceptată de cea mai mare parte a comparatiştilor italieni. Astfel, în 1921, **P. de Francisci** susținea că „o ştiință particulară a dreptului comparat nu există şi nici nu poate să existe. Noțiunea aceasta nu desemnează decât o metodă". Pentru **R. Rava** (1934), dreptul comparat nu este o ştiință deoarece el nu constituie un corp de reguli capabile de a fi aplicate. „În mod abstract ni se înfățişează comparația juridică ca o metodă a ştiinței dreptului care compară fenomenele juridice comparabile din țările străine", scria, la finele anilor 1930, **Fr.W. von Rauchhaupt**.

Pentru **E.-H. Kaden**, era limpede că „ideea de comparație juridică, aşa cum a evoluat, nu e altceva decât o metodă a cercetării în ştiința dreptului". Ea este o tehnică specială de studiere a diverselor ordini juridice şi nu o ştiință, deoarece ea este dependentă de materialul cu care lucrează şi nu are de gând să desprindă norme juridice valabile şi aplicabile. Dreptul comparat este compararea unei probleme în mai multe ordini juridice, spre a se descoperi diferențele şi asemănările soluțiilor. Comparația însă nu îndeplineşte niciuna din condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o ştiință. Încercând să explice aparentul succes, dar şi eşecul celor care au încercat să demonstreze existența unei ştiințe autonome a dreptului comparat, el arată că respectivii autori au căzut în greşeala de a identifica dreptul comparat cu funcțiile sale. „(...) procedând astfel, ei au intrat în domeniul altor ştiințe. Astfel, teoria dreptului ideal relativ sau a dreptului comun legislativ, teoria generală a dreptului sau a evoluției istorice aparțin, în fapt, domeniului altor ştiințe ca filosofia dreptului, istoria dreptului sau politica juridică. Faptul că aceste rezultate sunt obținute în chip comparativ nu schimbă situația. În toate aceste cazuri, compararea nu este decât *mij-*

locul (s.n.) de a atinge alte scopuri. Chiar dacă ea ar reuşi să stabilească un sistem de noțiuni generale, compararea nu-i decât o simplă metodă" (Constantinesco, 1997: 204).

Viziunea actuală asupra dreptului comparat ca metodă a fost stabilită, însă, odată cu apariția, după cel de-Al Doilea Război Mondial, a ceea ce M. Ancel a numit **Şcoala critică** sau **contestatară** (Ancel, 1971: 33), ai cărui reprezentanți de bază au fost H.C. Gutteridge, R. David, M. Hamson şi T. Ascarelli. Corifeii acesteia au plecat de la constatarea că, după cincizeci de ani de la primul congres internațional de drept comparat (1900), nu s-a ajuns la formularea unei definiții acceptate de toți pentru dreptul comparat şi că dezbaterile metodologice asupra funcției, naturii şi poziției dreptului comparat față de alte ştiințe nu au condus decât la o mare confuzie. Mergând pe ideea de certitudine (şi ca orice certitudine, demonstrarea ei nu este necesară) respectivul curent a propus renunțarea la discuții sterile, în măsura în care s-a admis că dreptul comparat nu este nici o ştiință specială, nici chiar o ramură a ştiinței dreptului şi că el reprezintă doar *utilizarea, în oricare ramură a dreptului, a metodei comparative* (*s.n*) (Ancel, 1971: 33). În ciuda acestei viziuni, argumentele nu au lipsit.

Astfel, după ce a început, ca mulți alții, prin a susține că dreptul comparat este o ştiință (Gutteridge, 1938: 295), **H.C. Gutteridge** afirmă că dreptul comparat reprezintă o metodă de studiu şi nicidecum o ramură sau diviziune specială a dreptului. Reluând mai vechea constatare a lui Rava, analiza sa pleacă de la sintagma de „drept comparat" şi arată că „nu există o ramură deosebită a dreptului zis „comparat" în acelaşi sens în care există un drept al familiei sau un drept maritim, sau alte diviziuni în care juriştii se înțeleg spre a grupa regulile de drept în vigoare, relative la o metodă determinată". Argumentația lui **R. David**, plecând de la aceleaşi premise, ajunge la concluzii şi mai grave: „dreptul comparat nu există şi, de asemenea, nu există şi nici nu pot exista nici comparatişti care să nu fie decât comparatişti". Aceasta, pe de o parte, deoarece dreptul comparat nu este un corp de reguli precum celelalte ramuri ale dreptului (David, 1950: 3). Pe de altă parte, dreptul comparat constituie o metodă şi, ca disciplină teoretică, nu are nici un domeniu propriu de studiu. În consecință, „(...) dreptul comparat nu are valoare în sine şi nu capătă decât valoarea scopului vizat de cel care compară; dreptul comparat nu poate, în consecință, revendica statutul de disciplină sau de ştiință autonomă" (*idem*: 5). El nu este altceva, concluzionа David, decât *metoda comparativă aplicată în domeniul ştiințelor juridice* (s.n.) (*idem*: 4, 8). Ceea ce există este posibilitatea şi, uneori, necesitatea de a utiliza metoda comparativă în ştiințele juridice.

Pe baza argumentului **lipsei unui obiect propriu de studiu** au continuat o serie de alți jurişti să-şi desfăşoare demersul comparativ, marea

majoritate raportându-se la ideea de drept comparat = simplă metodă ca la o axiomă: **T. Ascarelli** (1952): „mai mult decât de dreptul comparat trebuie să vorbim de metoda comparativă auxiliară studiului problemelor juridice, pentru că, în realitate, prin însăşi natura sa, nu există şi nu poate exista un drept comparat, ci doar compararea diverselor instituţii sau a feluritelor probleme"; **J. Rivero** (1954-1955): „sub numele de drept comparat trebuie să se înţeleagă doar o metodă, cea care constă în a studia în paralel reguli sau instituţii juridice pentru a le clarifica prin această apropiere". Influenţat de Gutteridge şi David, el afirmă că „dreptul comparat nu este o disciplină juridică distinctă, un drept în sensul în care se vorbeşte de un drept civil sau un drept constituţional, adică în sensul unui corp de reguli pozitive; nu există o regulă de drept comparat (...)"; **R.B. Schlesinger** (1960): „dreptul comparat este un corp de reguli şi principii. El este *o metodă*, o cale de a privi problemele juridice, instituţiile juridice şi sisteme juridice întregi" (Schlesinger, Baade, Herzog, Wise, 1998: 3); **O. Kahn-Freund** (1966): „Dreptul comparat – şi asta a devenit aproape un loc comun – nu este un subiect, ci o metodă (...) este un nume comun pentru o varietate de metode de a aborda dreptul şi în special de a aborda propriul drept" (Khan-Freund, 1966: 41); **O. Lando** (1966): „Metoda comparativă este tehnica pe care cineva o utilizează pentru a colecta informaţii asupra dreptului străin şi pentru a face comparaţii între sistemele de drept"; **St. Rozmaryn** (1973) neagă şi el calitatea de ştiinţă autonomă a dreptului comparat: „Dreptul comparat nu este o disciplină ştiinţifică autonomă căci (...) studiile comparative privesc instituţiile (juridice, n.n.) considerate sub aspectul lor funcţional. Or, aceste instituţii aparţin întotdeauna unei ramuri determinate de drept. În consecinţă, aceste studii trebuie în mod necesar să aibă loc în cadrul unor discipline juridice determinate, adică în disciplinele care se ocupă de instituţiile studiate – indiferent că este vorba despre drept privat, penal sau constituţional" (Rozmaryn, 1973: 590). Opinia autorului este însă mai nuanţată, în măsura în care nu consideră dreptul comparat a fi o simplă metodă, ci *o orientare ştiinţifică* în cadrul unor discipline particulare, o orientare adoptată de toate disciplinele juridice (*idem*). Pentru **W.J. Kamba**, influenţat de opinia lui David, dreptul comparat reprezintă „aplicarea *sistematică* (s.n.) a tehnicii comparative la domeniul dreptului" (Kamba, 1974: 486), iar pentru **G. Winterton**, dreptul comparat este o metodă de a compara sistemele de drept şi o asemenea comparaţie va produce informaţii asupra sistemelor de drept comparate (Winterton, 1975: 70).

Pentru bine-cunoscuţii autori germani **K. Zweigert** şi **H. Kötz**, dreptul comparat este simplu „o activitate intelectuală având dreptul ca obiect şi compararea ca metodă" (Zweigert & Kötz, 1977, 1987, 1998: 2). Problema naturii dreptului comparat nu mai prezintă importanţă nici măcar ca un

aspect secundar. Este complet ignorată. Reluând în parte argumentele şi viziunile lui Gutteridge, David şi Zweigert, autorul britanic **P. de Cruz** susține că „dreptul comparat reprezintă studiul sistematic al unor tradiții legale anume şi al normelor juridice pe o bază comparativă" (de Cruz, 1995: 3). În alt context, acelaşi autor afirmă „(...) dreptul comparat este o metodă de comparare a sistemelor de drept, iar această comparare produce rezultate asupra sistemului de drept analizat" (*idem*: 223). Pentru **W. Twining**, aserțiunea conform căreia dreptul comparat este o disciplină autonomă întâmpină trei probleme clare: ea este dubioasă din punct de vedere filosofic, este periculoasă, în condițiile în care toată doctrina juridică implică un proces de comparare şi, în al treilea rând, ea nu are niciun obiect definit (Twining, 2000: 45-46).

Această perspectivă confundă, pur şi simplu, metoda comparativă cu dreptul comparat şi era încă la modă în dreptul comparat clasic al celei de-a doua jumătăți a secolului al XX-lea. Ca urmare, încercând să oferim o definiție relativ dominantă în dreptul comparat clasic, putem spune, alături de E. Örücü că **dreptul comparat este o tehnică de cercetare juridică ce se bazează pe contrastarea, juxtapunerea şi compararea unor întregi sisteme de drept, instituții juridice sau norme juridice din diverse sisteme de drept în scopul de a determina diverse asemănări şi deosebiri** (Örücü, 2004: 16). Dreptul comparat înțeles ca metodă nu are, teoretic, un obiect special, propriu, de studiu, dar are, prin natura sa de metodă, o serie de finalități, utilități sau funcționalități, de natură teoretică şi practică, ce-i conferă specificitate. În acest context, gruparea sistemelor de drept naționale în familii juridice a constituit doar una din multiplele finalități ale metodei comparative aplicate în domeniul dreptului. Ca atare, dreptul comparat nu are valențe pur teoretice şi nu reprezintă perspectiva unică, privilegiată, a înțelegerii profunde a dreptului. El este doar o perspectivă, un instrument metodologic alături de altele, în procesul de analiză realizat de ştiința dreptului. El este, prin excelență, uşor aplicabil unei accepții pozitiviste, legicentrice, a dreptului, lipsită de interes pentru conexiuni complexe de ordin interdisciplinar şi dezinteresată de o profundă contextualizare socio-culturală. Comparatiştii, prin urmare, ar trebui să juxtapună norme şi instituții echivalente din punct de vedere funcțional (funcționalismul/metoda funcționalistă) şi să identifice asemănări şi deosebiri între acestea (Örücü, 2004: 17).

2.3. Dreptul comparat ca disciplină distinctă în curriculum-ul universitar

Aceasta este o perspectivă care poate fi un element de compromis, deşi nu general acceptat, între adepții ştiinței autonome şi cei ai meto-

dei. Pentru adepții dreptului comparat ca știință autonomă, existența unei discipline distincte a dreptului comparat este cât se poate de firească, având în vedere identitatea științifică a subiectului. El ar trebui să apară ca un curs preponderent teoretic, sub denumirea de Filosofie/Teorie a dreptului comparată, Analiza comparativă a dreptului sau Studii comparative de drept. În perspectiva contemporană a adepților dreptului comparat ca știință autonomă, acest curs ar trebui să realizeze o mult necesară introducere în analiza comparativ-contextualizată a dreptului (Örücü, 2004: 66). Pentru unii adepți ai dreptului comparat ca metodă este posibil și dezirabil a postula o disciplină autonomă în curriculum-ul universitar, având în vedere cantitatea și diversitatea informației care poate fi folosită și dobândită prin utilizarea metodei comparative în cunoașterea dreptului. Pentru alții, metoda comparativă ar trebui integrată diverselor științe juridice sau sociale autonome pe care le slujește[1].

Secțiunea a 2-a. Mai mult decât o simplă metodă

Concluzionând în problema disputei metodă sau știință autonomă, putem remarca un intens și asiduu demers intelectual, manifestat cu precădere la sfârșitul secolului al XX-lea și începutul secolului al XXI-lea, de a scoate în evidență identitatea și semnificațiile teoretico-științifice ale studiului comparativ al dreptului. Putem spune cu convingere, alături de M. Reimann, că „**dreptul comparat este mai mult decât o simplă metodă**" (Reimann, 2002: 683), iar „comparatistul nu este pur și simplu juristul care utilizează metoda comparativă pentru a aborda o anumită materie juridică" (Rambaud, 2014: 5). Ideile, opiniile, dezbaterile și concluziile ce urmează cu privire la obiectul, funcțiile și metoda comparativă credem că vor scoate cu prisosință în evidență faptul că dreptul comparat are o substanță științifică proprie și ar fi nedrept să îl așezăm doar ca o simplă metodă în slujba altor discipline juridice. Dreptul comparat utilizează intens metoda comparativă, dar nu poate fi confundat (doar) cu ea. Rodolfo Sacco are fără îndoială dreptate: atâta timp cât dreptul comparat produce cunoaștere, nu i se poate contesta statutul de știință. Iar Școala de la Trento, proiectând ideile acestuia, a scos clar în evidență faptul că „dreptul comparat, înțeles ca știință, tinde cu necesitate la o mai bună cunoaștere a datelor juridice" (Grande, 2008: 118). Cunoașterea precede și surclasează orice finalități practice, pragmatice ale comparării în drept. De asemenea, trebuie amintit că dreptul comparat nu procură orice fel de cunoaștere: deoarece cunoașterea este, la modul general vorbind, esența înțelegerii, dreptul comparat este numele celei mai

[1] Pentru detalii suplimentare, a se vedea *infra*, Capitolul VI, secțiunea a 3-a, subsecțiunea §3.

sofisticate analize a dreptului (Örücü, 2004: 11). Acest lucru se datorează, pe de o parte, unui obiect propriu, aparte, al analizei şi, pe de altă parte, unei abordări specifice. Nu este vorba, totuşi, aşa cum remarca Sacco, despre un obiect unic, propriu, de cunoaştere, în măsura în care rezultatele cunoaşterii aparţin dreptului. Este vorba însă despre o cunoaştere mai profundă a dreptului însuşi.

Dacă am spune, alături de Zweigert şi Kötz, că obiectul dreptului comparat este dreptul, atunci trebuie remarcat că noua tendinţă de a exploata dreptul comparat ca ştiinţă (juridică) autonomă nu mai are în vedere (doar) dreptul înţeles ca norme şi legi (*law as rules*). A avea o cunoaştere comprehensivă şi profundă a fenomenului juridic presupune a merge dincolo de obiectul preferat al pozitivismului juridic şi a aborda dreptul într-o multitudine de corelaţii, implicit extrajuridice. Dacă ar fi să folosim un termen cât mai general, am putea spune că obiectul propriu al dreptului comparat înţeles ca ştiinţă autonomă îl reprezintă **dreptul aşezat în context**[1]. Într-un sens cât mai general, dreptul comparat este preocupat de problemele generale care influenţează sistemele juridice, sociale şi culturale în societate (Örücü, 2004: 12). El este preocupat, dincolo de clasica descriere a asemănărilor şi deosebirilor, de înţelegerea profundă a alterităţii în drept, a importanţei situaţiei de a fi diferit de altul în drept, a intercondiţionărilor dintre drept şi societate, dintre drept şi diversele tipuri de cultură, de înţelegerea modului în care sistemele de drept interacţionează dialogând ori importând unele de la altele; el este interesat de dreptul viu, aflat într-o dinamică perpetuă, de rolul diverşilor actori ai dreptului în crearea şi aplicarea dreptului, de tiparele de gândire juridică sau de mentalitatea juridică, de rolul central al limbii şi limbajului în cunoaşterea juridică[2].

Aşa cum precizează P. Legrand, „studiul comparat al dreptului prezintă o *nouă perspectivă*, permiţând cuiva să arunce lumină în mod critic asupra unui sistem de drept – altul sau al său, propriu (...)" (Legrand, 1995: 264). Demersul respectiv se realizează prin **interdisciplinaritate** şi **diversitate metodologică**. Acest lucru înseamnă că metoda comparativă a devenit, în cadrul dreptului comparat, o simplă metodă alături de altele utilizate pentru a dobândi cunoaştere. Tocmai de aceea, dreptul comparat înţeles ca ştiinţă autonomă interacţionează în mod intens şi continuu cu teoria generală a dreptului, filosofia dreptului, istoria dreptului şi sociologia juridică. Tocmai de aceea, el nu este unidirecţionat metodologic, ci pluri-metodologic, tocmai pentru a obţine o cunoaştere cât mai completă şi complexă a fenomenului juridic. În acest sens, metoda comparativă nu este şi nici nu poate fi singura metodă utilizată în dreptul comparat.

---

[1] A se vedea *infra*, Capitolul VII, secţiunea a 3-a, subsecţiunea 2.2.

[2] A se vedea *infra*, Capitolul V, secţiunea a 8-a.

Având în vedere aceste aspecte, putem defini **dreptul comparat**, distanțându-ne de dreptul comparat clasic, ca fiind **o știință juridică autonomă ce are ca obiect analiza dreptului în context, *i.e.* conexiunile dintre drept, cultură și societate, în două sau mai multe sisteme juridice, cultural-juridice și sociale, prin intermediul abordării interdisciplinare și a pluralității metodologice.** Definiția nu face referire expresă la evidențierea asemănărilor și a deosebirilor între termenii comparării, dar, evident, metoda comparativă este inclusă implicit, fiind parte a complexului metodologic de care comparatistul trebuie să uzeze în activitatea sa științifică. Având această specificitate, dreptul comparat a fost și poate fi calificat ca **drept comparat academic**, putând fi, așa cum spunea Yntema, un alt nume pentru știința dreptului (Yntema, 1956: 902) El se legitimează prin tipul de cunoaștere pe care îl procură și prin modul în care obține respectivele cunoștințe despre drept, fără a fi necesar să fie verificat în practică și fără a fi necesar să aibă finalități practice (Örücü, 2004: 12). Evident, fiind o știință, dreptul comparat în această accepție este accesibil doar oamenilor de știință, doar specialiștilor cu avansate cunoștințe în domeniu. Tocmai de aceea, i s-au adus acuzații de elitism și de lipsă de pragmatism.

Răspunzând acestor critici, P. Legrand se întreabă elitist: cine ar putea vreodată pretinde că studiul comparativ al dreptului trebuie să fie ușor? Cine ar putea vreodată spune că studiul comparativ al dreptului ar trebui să fie pentru toți (Legrand, 1996: 239)? Fără a respinge întrebările retorice pe care Legrand le ridică, am îndrăzni totuși să reformulăm interogația: cine ar putea susține că dreptul comparat nu trebuie să fie *și* elitist? Prin aceasta sugerăm, așa cum se va desprinde în continuare, că o reformulare a definiției dreptului comparat în sensul propus de analiza critică, postmodernă, nu trebuie să scoată exclusiv din ecuație definiția clasică dată dreptului comparat la mijlocul secolului al XX-lea. Dreptul comparat poate fi, în același timp, o metodă și o știință juridică autonomă. Totul depinde de nivelul și obiectivele analizei comparativ-juridice. Dreptul comparat poate și trebuie să fie uneori simpla metodă comparativă aplicată la domeniul dreptului, așa cum accentuează dreptul comparat clasic, dar trebuie să fie și o știință juridică autonomă, așa cum precizează cu insistență dreptul comparat postmodern. Metoda comparativă sau, mai bine spus, diverse metode cuprinse sub umbrela dreptului comparat pot fi utilizate pentru a îmbunătăți dreptul național, pentru a informa pe doctrinar, pentru a unifica dreptul regional sau internațional, pentru a pune la îndemâna judecătorilor naționali sau internaționali soluții juridice utile sau pentru a permite accesul altor actori ai dreptului la piața mondială a soluțiilor juridice. În același timp, dreptul comparat poate avea pretenția de a produce cunoaștere pură, de a postula, valorifica și înțelege alteritatea în drept.

Bibliografie

Agostini, Eric, *Droit comparé*, P.U.F., Paris, 1988;

Ancel, Marc *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971;

Arminjon, Pierre, Nolde, Boris, Wolff, Martin, *Traité de droit comparé*, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1950-1951;

Blagojevic, Borislav, *Droit comparé, méthode ou science?,* în Revue internationale de droit comparé, nr. 4/1953, pp. 649-657;

Bogdan, Michael, *Comparative Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Tano, 1994;

Constantinesco, Leontin-Jean, *Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat,* vol. I, Ed. All, Bucureşti, 1997;

David, René, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative,* Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950;

David, René, Brierley, John E., *Major Legal Systems in the world today*, Stevens & Sons, London, 1985;

David, René, Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1992;

de Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish Publishing Limited, London, 1995;

Grande, Elisabeta, *Comparative Law in Italy*, în M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 107-130;

Gutteridge, Harold Cooke, *La valeur du droit comparé*, în Recueil d'études Edouard Lambert, Introduction à l'étude du Droit comparé, Tome I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1938, pp: 294-300;

Gutteridge, Harold Cooke, *Le droit comparé,* Librairie générale du droit et de jurisprudence R. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1953;

Kahn-Freund, Otto, *Comparative Law as an Academic Subject,* în The Law Quarterly Review, nr. 82/1966, pp. 40-61;

Kamba, Walter J., *Comparative law: a theoretical framework,* în International Comparative Law Quarterly, Vol. 23/1974, pp. 485-519;

Legeais, Raymond, *Grands Systèmes de droit contemporains. Approche comparative,* Litec, Paris, 2004;

Legrand, Pierre, *Comparative Law Studies and Commitment to Theory*, în Modern Law Review, vol. 58/1995, pp. 262-273;

Legrand, Pierre, *How to Compare Now?*, în Legal Studies, vol. 16/1996, pp. 232-242;

Marx, Yvonne, *Une conception évolutive du droit comparé. La contribution du Président Marc Ancel au développement du droit comparé,* în Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Editions A. Pedone, Paris, 1975, pp. 9-21;

Örücü, Esin, *The Enigma of Comparative Law*, MARTINUS Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004;

Oteteleşanu, Alexandru, *Actuala concepție asupra ştiinței dreptului comparat*, Bucureşti, 1938;

Pfersmann, Otto, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit,* în Revue internationale de droit comparé, nr. 2/2001, pp. 275-288;

Rambaud, Thierry, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, Paris, 2014;

Reimann, Mathias, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 50/2002, pp. 671-700;

Riese, Otto, *Etudes sur les fonctions du droit civil comparé et son enseignement en Suisse*, în Mélanges François Guisan, Lausanne, 1950, pp. 167-188;

Rotondi, Mario, *Technique du droit, dogmatique et droit comparé*, în Revue internationale de droit comparé, nr. 1/1968, pp. 5-18;

Rozmaryn, Stefan, *Les grandes controverses du droit comparé,* în M. Rotondi (ed.), Buts et méthodes du droit comparé, Cedam, Padova, 1973, pp. 577-591;

Sacco, Rodolfo (a), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, Paris, 1991;

Sacco, Rodolfo (b), *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Instalment I of II),* în The American Journal of Comparative Law, vol. 39/1991, pp. 1-34;

Samuel, Geoffrey, *Comparative Law and Jurisprudence*, în International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47/1998, pp. 817-836;

Sarfatti, Mario *Le droit comparé dans son essence et dans son application,* în Recueil d'études Edouard Lambert, Introduction à l'étude du Droit comparé, Tome I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1938, pp. 61-65;

Schlesinger, Rudolf B., Baade, Hans W., Herzog, Peter E., Wise, Edward M., *Comparative Law. Cases-Text-Materials,* Foudation Press, New York, 1998;

Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Hans Albrecht, *Droit comparé. Théorie générale et Principes,* Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1978;

Sugiyama, Naojiro, *Essai d'une conception synthétique du droit comparé,* în Recueil d'études Edouard Lambert, Introduction à l'étude du Droit comparé, Tome I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1938, pp. 50-60;

Twining, William, *Comparative Law and Comparative Theory: The Country and Western Tradition*, în I.D. Edge (ed.), Comparative Law in Global Perspective, Transnational Publisher, New York, 2000, pp. 21-76;

Valcke, Catherine, *Comparative Law as Comparative Jurisprudence – the Comparability of Legal Systems*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 52/2004, pp. 713-740;

van der Helm, Adrianus J., Meyer, Vincent Marie, *Comparer en droit*, Cerdic-Publications, Strasbourg, 1991;

Weiss, Egon, *Die Rechtsvergleichung in der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung,* în Festschrift Randa, Praga, 1934;

Wigmore, John Henry, *A panorama of the world's legal systems*, 3 volume, Saint Paul West Publishing Company, 1928;

Winterton, George, *Comparative Law Teaching,* în The American Journal of Comparative Law, Vol. 23/1975, pp. 69-118;

Yntema, Hessel, *Comparative Law Research – Some Remarks on Looking aut of the Cave*, în Michigan Law Review, vol. 54/1956, pp. 899-928;

Zweigert, Konrad and Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law,* Clarendon Press, Oxford, 1998;

BCU IAȘI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul IV. Ce comparăm? Obiectul Dreptului Comparat

Secțiunea 1. Ce nu poate fi obiectul dreptului comparat

Indiferent că are sau nu un obiect propriu de studiu (ceea ce constituie piatra de hotar între știință autonomă și simpla metodă), indiferent că se aplică sau nu domeniului de cercetare al altor discipline juridice, dreptul comparat sau metoda comparativă trebuie să se aplice asupra a ceva. După cum arăta Constantinesco, metoda este un demers ordonat și sistematic având drept scop câștigarea de noi cunoștințe. Deci orice metodă nu există în sine și pentru sine, ea trebuie pusă în slujba unui anume demers științific prin aplicarea ei unui obiect specific.

Ar fi simplu să afirmăm, de la bun început, că dreptul comparat are ca obiect **dreptul**, așa cum remarcă Zweigert și Kötz, sau **științele juridice**, așa cum precizează R. David. Acest fapt este evidențiat de însăși expresia „drept comparat" sau, și mai bine, de formula „compararea dreptului"/"comparare în drept". Dacă nu ar fi așa, atunci am putea vorbi despre politici comparate, economii comparate, religii comparate etc. Nu este mai puțin adevărat, pe de altă parte, că în momentul în care vorbim despre **drept** avem în vedere un fenomen complex ce cuprinde norme juridice, instituții juridice, izvoare de drept, ramuri de drept și ordini juridice. Perspectiva clasică a dreptului comparat fiind una eminamente pozitivistă, dreptul nu poate avea altceva în vedere decât sistemul de drept național cu ierarhia sa specifică de norme juridice, cu regulile sale specifice de auto-reproducere, cu totalitatea procedurilor și a instituțiilor reglementate în așa-numitul drept înțeles ca normă juridică (*law as rules*). Ceea ce se înțelege prin drept poate diferi de la o familie juridică la alta, de unde și posibilitatea de a contura mai clar posibilele obiecte ale comparării juridice. În familia juridică romano-germanică, de exemplu, abordarea scientistă specifică pozitivismului juridic are în vedere doar anumite izvoare formale ale dreptului, *i.e.* legile (constituționale, organice sau ordinare), ordonanțele de urgență, hotărârile de guvern, ordinele etc., cu excluderea precedentului judiciar, a opiniilor judecătorești și a doctrinei, de unde și conturarea unei sfere specifice a dreptului comparat. Pe de altă parte, tradiția *common law* se concentrează, cu prioritate, pe precedentul judiciar. Pe care din acestea le are în vedere dreptul comparat? Răspunsurile date au fost multe și la fel de diferențiate. Așa cum spunea însă David (David, 1950: 7), pe bună

dreptate, rezolvarea acestei probleme depinde de scopul pe care juristul îl are în vedere atunci când recurge la metoda comparativă. Doresc să realizez o istorie universală a dreptului? Să ameliorez una din instituțiile juridice ale propriului sistem de drept? Să îmbunătățesc tehnica legislativă? Sau să clasific ordinile juridice în familii de drept? Fiecare din aceste demersuri presupune abordarea unei alt element al dreptului (de Cruz, 1995; 217; Sugiyama, 1938: 54). **Având în vedere acest fapt, ar trebui să afirmăm că există tot atâtea obiecte ale dreptului comparat câți comparatiști există.** A face o expunere a acestora este însă aproape imposibil și, având în vedere diversitatea de opinii, ne vom mărgini, pentru început, să arătăm ce anume nu poate fi obiect al dreptului comparat.

§1. Dreptul comparat şi sistemul de drept naţional

Conform marii majorități a comparatiştilor, **nu putem vorbi despre drept comparat în momentul în care cineva abordează propriul sistem de drept național.** După cum remarcau Zweigert şi Kötz, „nicio comparație nu poate fi făcută între diferite reguli într-un singur sistem de drept, de exemplu, între diferitele paragrafe ale Codului Civil German (...) ar fi greu de înțeles cum aceasta diferă de ceea ce juriştii în mod normal fac: juriştii trebuie în mod constant să juxtapună şi să armonizeze regulile propriului lor sistem, adică să le compare, înainte de a ajunge la orice decizie practică sau concluzie teoretică" (Zweigert & Kötz, 1998: 2; Constantinesco, 1997: 88-89). Pentru a exista drept comparat, concluzionează aceştia, trebuie să vorbim de o extra dimensiune, aceea a *internaționalismului* (s.n.). Opiniile contrare au susținut că există drept comparat şi atunci când se compară, de exemplu, dreptul statelor membre ale unor federații, cantoanele elvețiene sau statele SUA, ori când se compară diversele ramuri de drept aparținând aceluiaşi sistem de drept (Knapp, 1973: 428). Alți comparatişti au propus pentru acest gen de comparare denumirea de **comparare internă,** având aici în vedere compararea între două sisteme de drept ce fac parte din acelaşi sistem social, aceeaşi familie juridică sau acelaşi stat federal, lăsând să se înțeleagă că toate celelalte demersuri comparative s-ar încadra în compararea externă (Konijnenbelt, 1994: 122; Ancel, 1971: 90).

Comparatiştii clasici au fost de acord cu acest punct de vedere doar în măsura în care el nu viza instituții sau ramuri de drept ale aceluiaşi sistem de drept, ci instituții sau ramuri de drept aparținând unor sisteme de drept diferite. Acest fapt se explică prin finalitatea intrinsecă a comparației în drept: se urmăreşte, prin punerea față în față a unor sisteme de drept diferite, evidențierea termenilor de comparat ca expresie a unei alte forme de a gândi sau a unei alte scări de valori (Constantinesco, 1998: 89). Problema

a devenit mai complexă, însă, în cadrul construcției juridice europene. În acest context, se poate considera comparare internă și compararea unor grupe de norme juridice existând în ordinea juridică națională sau supranațională. Ar putea face, de exemplu, obiectul acestei comparări interne, normele juridice germane sau engleze ce reglementează delictele, modificate ca urmare a cauzei Francovich vs Italia a CEJ (C.J.C.E., 19 noiembrie 1991, Francovich, C-6/90), raportate la normele juridice ale aceloraşi sisteme de drept care, reglementând aspecte pur interne de răspundere delictuală, au rămas imune față de jurisprudența Curții de la Luxembourg (van Gerven, 2002: 157). În cele din urmă, şi în acest caz ne aflăm în prezența a două sisteme de drept/ordini juridice diferite – cea comunitară şi cea națională – care se aplică, este adevărat, pe acelaşi teritoriu şi aceloraşi subiecți de drept. Un răspuns negativ s-ar impune şi în cazul aşa numitei comparări diacronice interne, având în vedere compararea în cadrul aceluiaşi sistem de drept a unor instituții aparținând dreptului pozitiv cu forma lor existentă cu ani sau secole în urmă (Constantinesco, 1997: 35), deoarece aici este vorba despre o simplă istorie națională a dreptului.

§2. Dreptul comparat şi dreptul străin

Un alt aspect ce a întrunit cvasiunanimitatea ne arată că **nu există drept comparat atunci când compararea are în vedere descrierea unui singur sistem de drept, cel străin** (de exemplu, studiul dreptului francez). Printre comparatişti (mai ales printre universitari) s-a încetățenit, în consecință, obiceiul de a face distincție între studiul dreptului comparat (*Comparative Law*) şi studiul dreptului străin (*Foreign Law*). Deşi, aparent, acest tip de abordare întruneşte cerința „internaționalismului" exprimată de Zweigert şi Kötz, nu vorbim aici despre altceva decât despre abordarea unei entități raportate, în general, la ea însăşi şi nu la un alt sistem de drept (Kamba, 1974: 505-506; Gutteridge, 1953: 25).

Au existat voci, cum a fost cea a lui M. Ancel, care au susținut că „tot studiul dreptului străin, ca atare, şi fără o sinteză prealabilă, este deja (...) o cercetare comparativă. Un jurist nu poate niciodată studia un alt drept decât prin referire la propriul său drept, şi este în van, fără îndoială, a se dori separarea a două abordări complementare care, şi una şi alta, se situează în cadrul comparării juridice raționale" (Ancel, 1973: 8; Winterton, 1975: 70; Konijnenbelt, 1994: 124). În viziunea altor comparatişti însă, acest fapt este un aspect reflexiv ce nu se încadrează în demersul comparativ ca act de cercetare sistematică: „(...) nu putem nega, scria comparatistul belgian J. Vanderlinden, că studiul dreptului străin face apel frecvent, mai ales în viziunea studentului, la o comparare cu propriul său drept. Acesta este de

fapt termenul său natural şi cotidian de referinţă atunci când are în vedere dreptul şi este deci logic ca el să revină aici atunci când se angajează pe un teren care nu-i este familiar" (Vanderlinden, 2000: 45; Kamba, 1974: 506). Este cert, până la urmă, că, în măsura în care se are în vedere doar prezentarea soluţiilor date de către un sistem de drept străin la anumite probleme juridice, acest tip de abordare nu reprezintă un demers comparativ, chiar dacă se fac referiri implicite la dreptul naţional. A. Watson exprimă cel mai bine aceeaşi idee:

> „(...) dreptul comparat nu reprezintă studiul unui anume sistem de drept străin sau o parte a unui sistem de drept, chiar dacă există ocazionale şi chiar frecvente priviri spre propriul sistem. Un curs general la o Universitate americană sau britanică despre dreptul privat francez sau un studiu detaliat al dreptului francez al contractelor poate avea o mare valoare intelectuală şi practică dar rămâne un curs de drept francez şi nu unul de drept comparat. Fără îndoială, este imposibil să urmăreşti un asemenea curs fără a reflecta sau a face comparaţii cu propriul sistem de drept şi fără, într-adevăr, a creşte nivelul de înţelegere al propriului drept, dar aceasta nu schimbă natura esenţială a cursului de drept francez. Acest lucru rămâne adevărat chiar şi atunci când un asemenea curs îşi propune incursiuni în propriul drept naţional" (Watson, 1993: 4).

Din ceea ce am prezentat mai sus rezultă cu necesitate două aspecte: **a. clarificările făcute de comparatişti ne determină să facem apel la condiţiile comparaţiei în general.** În termenii cei mai simplii, comparaţia presupune, aşa cum remarca Kamba, existenţa a două sau mai multe entităţi. Compararea dreptului implică şi ea, în consecinţă, cu necesitate, două sau mai multe entităţi, de data aceasta juridice. **b. studiul dreptului străin, a unui alt sistem de drept decât cel naţional, implicând trimiteri mai mult sau mai puţin sporadice la acesta din urmă, nu trebuie confundat cu ceea ce s-a numit comparare bilaterală** (Fromont, 1998: 2). Aceasta din urmă are în vedere compararea unui singur drept străin cu cel naţional, dar după toate regulile comparării.

În ciuda acestor poziţionări teoretice, o sinteză a literaturii dreptului comparat produsă în perioada 1950-2000 a scos în evidenţă preponderenţa covârşitoare a operelor dedicate descrierii şi prezentării de simplă informaţie cu privire la dreptul străin. Tocmai de aceea, n-ar trebui să condamnăm, de pe poziţii elitiste, această realitate, ci să-i surprindem aspectele pozitive. Cu toate scăderile sale teoretico-metodologie, studiul dreptului străin poate avea „o importanţă enormă în calitate de etapă preliminară a cercetărilor de drept comparat" (Grzybowski, 1973: 322). Este evident, susţine şi M. Bogdan, că „o limpede înţelegere a unui sistem de drept străin este o precondiţie de bază pentru orice comprehensivă comparare a dreptului. Cu-

noaşterea dreptului străin este (...) prima treaptă dificilă în cadrul procesului comparativ (...)" (Bogdan, 1994: 19; Sacco, 1974: 117; Grzybowski, 1973: 322). Chiar şi astăzi se acceptă faptul că, deşi dintr-o perspectivă teoretic metodologică, descrierea dreptului străin nu reprezintă drept comparat în sine, ci doar o etapă prealabilă comparării propriu zise,

> „[c]unoaşterea dreptului străin reprezintă o condiție prealabilă necesară pentru compararea explicită, informarea despre alte sisteme de drept este cea mai importantă contribuție a disciplinei la practica juridică, iar producția ei este ceea ce cea mai mare parte a comparatiştilor fac de fapt în cea mai mare parte a timpului" (Reimann, 2002: 675).

Secțiunea a 2-a. Macrocomparație și microcomparație

Stabilind toate aceste repere, rămâne să avem în vedere, în continuare, în cadrul unei abordări pozitive, care sunt acele entități ce reprezintă obiectul comparației juridice. Reluând firul logic, ajungem la concluzia că dreptul comparat nu are în vedere dreptul, ci are în vedere mai multe „drepturi" (înțelese ca sisteme de drept, ramuri de drept etc.). În genere, ne spun majoritatea autorilor, juriştii compară sistemele de drept aparținând diverselor națiuni (Zweigert & Kötz, 1998: 4), avându-se în vedere respectarea condiției de internaționalitate. O serie de întrebări se ridică însă aici: compararea are în vedere părți ale acestor sisteme de drept sau şi sistemele de drept luate în sine? Are în vedere sistemele de drept contemporane sau toate sistemele de drept existente în istoria societății umane? Are în vedere toate sistemele de drept contemporane sau doar anumite sisteme de drept mai importante? Are în vedere dreptul privat sau dreptul public? Pentru a răspunde acestora, ceea ce trebuie constatat de la bun început este faptul că marea majoritate a comparatiştilor ultimei jumătăți de secol au divizat abordarea acestor sisteme de drept/ordini juridice pe două mari nivele. După cum vizează una sau alta din cele două grupe, comparația juridică se divizează în: **macrocomparație** şi **microcomparație** (Constantinesco, 1983: 87-88).

§1. Macrocomparația

Este un fapt general recunoscut că **macrocomparația** are în vedere sistemele de drept, aparținând diverselor state, luate în sine (Rheinstein, 1968: 207; Constantinesco, 1983: 87; Zweigert & Kötz, 1998: 4). Două probleme se ridică în ceea ce priveşte această abordare. Prima vizează întinderea demersului comparativ: câte sisteme de drept naționale trebuie avute

în vedere? A doua vizează conținutul macrocomparației: la ce anume ne referim/ce anume urmărim în momentul în care comparăm aceste sisteme de drept? Răspunsurile la ambele chestiuni au fost destul de variate, fapt care ne îndeamnă la un proces de sinteză.

1.1. Câte sisteme de drept trebuie avute în vedere şi care anume?

Încercând să răspundă primei întrebări, unii comparatişti au precizat că trebuie să constituie obiect al macrocomparației două sau mai multe sisteme de drept (Kamba, 1974: 506). Acest răspuns nu aduce însă soluția aşteptată, în măsura în care este evident că procesul comparativ la acest nivel trebuie să cuprindă cel puțin două sisteme de drept, iar, pe de altă parte, trebuie conştientizat că în lume, la ora actuală, există un număr impresionant de sisteme de drept. Fiecare stat are propriul său sistem de drept şi, adesea, în cadrul fiecărui stat mai există două sau trei sisteme de drept. Numai în SUA, de exemplu, pe lângă sistemul de drept federal, mai există cel puțin alte cincizeci de sisteme de drept. Răspunsul ar fi, în concluzie, că **macrocomparația poate avea în vedere între două sisteme de drept şi toate sistemele de drept din lume**. Acest lucru este însă practic imposibil şi, în consecință, alte întrebări se nasc aici: Care sistem sau sisteme de drept trebuie alese pentru comparare? Cum ar trebui alese aceste sisteme de drept? Pentru a răspunde, trebuie remarcat, în primul rând, faptul că alegerea sistemelor de drept ce urmează a fi analizate depinde de anumiți factori obiectivi.

1.1.1. Factorii obiectivi

Unul dintre aceştia, specific în mare parte perioadei de început a demersului juridic comparativ, dar care nu şi-a pierdut nici astăzi actualitatea, ar fi lipsa informației necesare datorate lipsei mijloacelor tehnice de comunicare. Cum o bună parte a muncii comparatistului este formată din informare, lipsa acesteia împiedică abordarea unui sistem de drept sau altul. De aceea, la începuturile ei, macrocomparația s-a concentrat asupra sistemelor de drept occidentale, în special cele aparținând dreptului civil/romano-germanicului şi *common law*, la care comparatiştii occidentali au acces mult mai simplu şi mai rapid. Un alt element obiectiv, care trebuie luat în considerare, sunt evoluțiile de pe scena geografiei politice internaționale. Noi obiecte ale dreptului comparat s-au dezvoltat, pe măsură ce viața politică internațională s-a derulat, pe măsură ce noi şi noi state şi sisteme de drept naționale aferente au apărut pe scena politică. Acest fapt a avut loc în mai multe valuri: în urma Primului Război Mondial, când o serie de state, mai ales europene, şi-au dobândit independența, apoi în urma celui

de-Al Doilea Război Mondial, când, pe de o parte, a apărut aşa-numita familie a dreptului socialist şi mai apoi, în anii '60 şi '70, când o serie de state africane, foste colonii, şi-au dobândit, la rândul lor, independenţa. Astăzi dreptul comparat se confruntă cu o aparentă restrângere a obiectului său, în urma căderii comunismului în statele Europei de Est.

Alţi factori obiectivi ar fi: limba, interesul studenţilor şi propria experienţă a comparatistului. Având în vedere importanţa majoră a cunoaşterii excelente a uneia sau mai multor limbi străine, comparatistul va alege, de regulă, spre macrocomparare, doar acele sisteme de drept ale căror limbi le stăpâneşte foarte bine. De asemenea, un comparatist care predă un curs de introducere în drept comparat, va fi tentat să abordeze doar acele sisteme de drept naţionale care trezesc interesul studenţilor săi. Nu în ultimul rând, un comparatist neexperimentat va avea în vedere o cu totul altă paletă de sisteme de drept naţionale decât un comparatiste cu experienţă teoretică şi practică. Este, de asemenea, văzut ca un factor obiectiv faptul că unele sisteme de drept, prin valoarea, fineţea, gradul de sistematizare şi codificare, au influenţat destinul a zeci de alte sisteme de drept, cărora le-au împrumutat instituţiile juridice şi soluţiile. De aceea, o luare în calcul a dreptului german, francez şi englez trebuie avute întotdeauna în vedere de comparatist (Lando, 1999: 142; Zweiger & Kötz, 1998: 41). Ideea este corectă, atâta timp cât este aplicată în demersuri comparative unde este realmente necesară, *e.g.* analiza normativă şi/sau cultural-juridică a cauzelor, a mecanismelor şi a efectelor transplantului juridic ce a avut loc din respectivele sisteme de drept europene. În rest, ea trebuie abordată cu multă atenţie, în scopul de a evita perspective etnocentrice, eurocentrice sau manifestări de imperialism juridic.

1.1.2. Factorii aparent obiectivi

Pe de altă parte, alţi factori, **aparent obiectivi**, au venit de-a lungul timpului să condiţioneze, în opinia diverşilor comparatişti, alegerea obiectului procesului comparativ.

Astfel, un curent istorico-juridic german din secolul al XIX-lea în care a activat, printre alţii, R. von Ihering, a considerat că trebuie alese spre comparare doar acele sisteme de drept aparţinând aceluiaşi complex rasial şi lingvistic. El urmărea să reconstituie prin comparare dreptul poporului primitiv indo-germanic (Constantinesco, 1998: 95-96). Alt factor obiectiv a fost considerat a fi nivelul de dezvoltare a unui sistem de drept sau altul. Pe de o parte, această perspectivă a condus la ideea posibilităţii comparării doar a acelor sisteme de drept ce aparţin aceleiaşi familii juridice. Nu întâmplător, perioada imediat următoare Congresului de la Paris (1900) a cunoscut un interes doar pentru compararea sistemelor de drept naţionale

aparținând familiei romano-germanice. Pe de altă parte, pentru alți comparatiști, comparația trebuie să aibă în vedere, doar sistemele de drept mature (R. Pound), pe cele aparținând națiunilor civilizate ori pe cele care aparțin unor civilizații apropiate (Oteteleşanu, 1938: 15). De aici a plecat şi ideea că „asemenea trebuie comparat cu asemenea; conceptele, regulile şi instituțiile aflate sub comparație trebuie să fie legate de *acelaşi nivel al dezvoltării legale, politice şi economice*" (Gutteridge, 1953: 73). Acest mod de a privi lucrurile i-a condus pe comparatişti tot la compararea sistemelor de drept occidentale, în speță cele aparținând familiilor dreptului civil/romano-germanic şi *common law*, şi la ignorarea celorlalte: „(...) compararea dreptului vechilor rase ale Estului cu dreptul european nu ar fi productiv", susținea, în consecință, Gutteridge (*idem*). Pe aceeaşi linie ideatică, după cel de-Al Doilea Război Mondial s-a afirmat imposibilitatea comparării sistemelor de drept naționale aparținând familiei juridice socialiste cu cele aparținând ordinilor juridice burgheze (Bogdan, 1994: 61-64).

Problema identității sau similitudinii de maturitate sau civilizație a determinat însă şi reversul medaliei: sistemele de drept naționale din aceeaşi familie juridică nu sunt oare prea asemănătoare sau identice pentru a putea fi comparate? În strânsă legătură cu necesitatea de a compara, totuşi, sisteme de drept diferite, s-a constatat că, dacă în ceea ce priveşte compararea în cadrul familiei juridice a dreptului civil nu au existat dispute, fiind considerată normală compararea între sistemele de drept francez, german sau italian, în ceea ce priveşte validitatea comparării sistemelor de drept aparținând *common law* au apărut unele semne de întrebare. Acestea ar putea izvorî, crede Winterton, din ficțiunea că acest *common law* este un sistem de drept fixat şi imuabil care a existat dintotdeauna şi este substanțial acelaşi în cadrul aşa numitei lumi a *common law*. El ar trebui să fie identic în toate țările în care are efect (Winterton, 1975: 70-71; de Cruz, 1995: 234). Această viziune a fost considerată falsă deoarece dreptul SUA şi al Angliei diferă nu doar în materia dreptului constituțional, ci şi, de exemplu, în ceea ce priveşte sistemul judiciar şi normele legislative (de Cruz, 1995: 234). Comparatişti, printre care Gutteridge, au privit compararea sistemelor de drept în cadrul familiei juridice a *common law* ca pe un obiect legitim al dreptului comparat.

În aceeaşi sferă de idei, dar cu alte premise logice, trebuie privită şi opinia, formulată înainte de Primul Război Mondial, că doar sistemele de drept cu o *structură sistemică analogă, i.e.* aceeaşi structură instituțională, aceleaşi mari diviziuni ale sistemului de drept şi aceleaşi categorii, oferă o bază de comparare şi, în consecință, a compara sistemele de drept atât de diferite conceptual şi structural ca cele aparținând dreptului civil/romano-germanic şi *common law* ar fi extrem de dificil şi de o mică valoare. Compa-

rarea ar trebui, în consecință, să aibă loc între sistemele de drept aparținând ori familiei dreptului civil, ori familiei *common law*.

Toți acești factori, așa zișI obiectivi, au fost combătuți de-a lungul vremii, locul lor fiind luat de factori subiectivi. Astfel, s-a demonstrat că nu există nicio necesitate și niciun avantaj pentru a limita ordinile juridice de comparat la cele înrudite prin rasă și nu există nici un obstacol de ordin metodologic sau științific pentru a compara ordini juridice aparținând unor rase sau unor familii juridice diferite (Constantinesco, 1998: 98). La fel de validă este atât compararea între sisteme de drept aflate pe aceeași treaptă de dezvoltare, cât și compararea sistemelor de drept aflate pe trepte diferite de dezvoltare:

> „Pentru un profesor de drept englez dintr-o universitate britanică, urmărind să folosească dreptul comparat pentru a oferi studenților săi o mai bună înțelegere a dreptului englez al contractelor, ar fi imprudent și de o mică valoare să selecteze pentru comparare un sistem de drept ne-vestic în care conceptul de *status dominates* și ideea de contract sunt subdezvoltate. Pe de altă parte, un profesor de drept dintr-o universitate africană care folosește dreptul comparat pentru a dezvolta înțelegerea dreptului modern matrimonial african de către studenții săi, drept format adesea din elemente ale dreptului occidental și drept cutumiar local, ar găsi esențial să compare sisteme care sunt pe o treaptă diferită de dezvoltare, de exemplu dreptul englez și, să zicem, dreptul cutumiar *al Luo*" (Kamba, 1974: 507).

Mai mult, pentru țările africane (și nu numai) aflate în programe de reformă și unificare a dreptului, studiile comparative între sistemele de drept occidentale sunt inevitabile. Vechii opozanți ai acestor idei au început și ei, treptat, să-și schimbe viziunea. Astfel, Pollok arăta că: „suntem interesați de sistemele nedezvoltate doar pentru că și în măsura în care ele ne ajută să înțelegem și să tratăm științific sistemele dezvoltate". Piedica structurală a căzut și ea după Primul Război Mondial, dreptul comparat concentrându-se treptat asupra comparării soluțiilor juridice, indiferent că erau sau nu statutorii, date aceloraşi probleme de către sistemele de drept ale diverselor țări (Kötz, 2000: 22).

Cu toate aceste precizări, așa cum remarca Kamba, trebuie acceptat că cea mai mare parte a studiilor comparative legale au fost și continuă să fie legate în mod principal de sistemele de drept care sunt pe aceeași treaptă de dezvoltare (Kamba, 1974: 508). Pentru această perspectivă este normal, de exemplu, ca în momentul în care am dori să reformăm, să zicem, dreptul comercial englez sau aspecte ale sale nu ar fi fructuos să îl comparăm cu un sistem de drept în care dreptul comercial nu există sau este subdezvoltat. Prin urmare, studiile comparative referitoare la familia dreptului civil/romano-germanică și la *common law* au fost și sunt chiar și

astăzi, în mare parte, cele mai numeroase. Explicația nu rezidă neapărat în apelul la factori obiectivi şi, în niciun caz, în apelul la factori aparent obiectivi. Explicația este simplă: cele mai mult studii comparative s-au făcut de către juriști comparatiști provenind din spațiul cultural-juridic european şi nord-american şi, prin urmare, preocuparea acestora pentru cele două familii juridice occidentale a fost una firească. Aceşti comparatiști au făcut analize de drept comparat în strânsă legătură cu interesele, preocupările şi determinările lor cultural-juridice, fapt care scoate în evidență importanța majoră a factorului subiectiv în alegerea obiectului macrocomparației.

1.1.3. Factorul subiectiv

În genere, dreptul comparat clasic a ajuns la concluzia că nu există niciun fel de impediment, niciun fel de reguli de natură metodologică care să-l oblige pe comparatist să se aplece asupra unui anume sistem de drept dintre sistemele de drept contemporane şi nu asupra altuia ori să se rezume doar la compararea unui anume număr de sisteme de drept şi nu a altuia. S-a convenit asupra ideii că, de regulă, comparatistul va alege acele sisteme de drept naționale care corespund scopurilor demersului său comparativ. Prin urmare, voința comparatistului este suverană, cu toate că mai sus amintiții factori obiectiv nu pot fi complet scoşi din peisajul metodologic. S-a considerat, prin urmare, normal ca juristul comparatist să-şi asume ca punct de plecare în demersul comparativ propriul sistem de drept național sau un alt sistem de drept bine cunoscut (Picard, 2000: 157). Răspunzând, în final, la prima întrebare, putem afirma că **macrocomparația poate avea în vedere compararea a două sau mai multe sisteme de drept naționale, pe cele aparținând aceleiaşi familii juridice sau unor familii juridice diferite sau chiar familiile juridice între ele** (Rheinstein, 1968: 207), **în măsura în care acest tip de abordare corespunde scopurilor pe care respectivul comparatist doreşte să le atingă prin macrocompararea juridică.**

În funcție de numărul de sisteme de drept abordate, unii comparatiști au delimitat **compararea bilaterală** ce există atunci când se compară două sisteme de drept, dintre care, de regulă, unul este sistemul de drept național al comparatistului, de **compararea multilaterală**, atunci când se compară mai mult de două sisteme de drept (Fromont, 1998: 2; Bogdan, 1994: 57). În funcție de **proveniența** sistemelor de drept, există autori care abordează două sau mai multe sisteme de drept: a. aparținând aceleiaşi familii juridice; b. aparținând unor familii juridice diferite. Există şi autori care abordează, cel puțin teoretic, toate sistemele de drept contemporane (Constantinesco, 1983: 87). Chiar dacă acest lucru pare practic imposibil, trebuie reținut că, cel mai adesea, în cadrul acestui demers compararea este multilaterală

sau multisistemică. Acest aspect este inevitabil, având în vedere că cel mai important scop al macrocomparației este gruparea sistemelor de drept în mari familii juridice.

O altă problemă care se ridică în legătură cu prima întrebare este aceea de a şti dacă macrocomparația se pretează la compararea doar a sistemelor de drept contemporane sau vizează şi **compararea sistemelor de drept trecute sau istorice**. Validitatea unui asemenea demers şi-a găsit răspunsul în încercarea câtorva comparatişti, puțini la număr, de a clasifica şi grupa sistemele de drept ale civilizațiilor trecute alături de cele ale civilizațiilor contemporane. J.H. Wigmore (Wigmore, 1928), alături de G. Sauser-Hall (Sauser-Hall, 1913: 102-103) şi A. Schintzer (Schintzer, 1945), au abordat, în încercarea lor de a grupa ordinile juridice, atât sistemele de drept ce le erau contemporane, cât şi sistemele de drept aparținând unor civilizații dispărute: egiptean, mesopotamian, grec, roman şi celt. Încercarea lor a eşuat, conducând, după spusele lui Constantinesco, la o „bizarerie de criterii", la o clasificare „de o inextricabilă confuzie şi de o remarcabilă fantezie juridică şi ştiințifică" (Constantinesco, 1983: 90). Acelaşi autor concluziona: „reunirea tuturor drepturilor trecute şi prezente în sisteme juridice constituie o aventură ştiințifică (...) Pentru această rațiune, clasarea drepturilor vechi în sisteme juridice trebuie lăsată istoriei comparate a drepturilor (...) [iar comparatiştii] îşi propun să claseze în sisteme juridice *doar* drepturile contemporane" (Constantinesco, 1983: 91). Este, în consecință, un punct câştigat în dreptul comparat clasic faptul că macrocomparația are în vedere doar sistemele de drept contemporane, evitând melanjuri periculoase de genul celor amintite mai sus.

Pentru valul critic, postmodern, în dreptul comparat alegerea obiectului macrocomparației în funcție de interesul subiectiv al comparatistului este un bun câştigat, fără a ignora însă factori obiectivi precum cunoaşterea de limbi străine şi accesul la documentația primară necesară. Preocupată fiind, însă, de limitele hermeneutice şi epistemologice ale demersului comparativ, de relativismul gnoseologic de care este marcat comparatistul, de predeterminarea culturală a acestuia, de subiectivismul inerent al percepției alterității în drept, această perspectivă nu este chiar atât de entuziasmată de a lăsa complet mână liberă comparatistului în ceea ce priveşte alegerea obiectului macrocomparației. Se discută, prin urmare, de un cod etic al comparatistului care să-l abată de la eventuale deraieri etnocentrice, eurocentrice sau imperialiste. Concepte ca sistem de drept matur/imatur, dominant/secundar, semnificativ/neimportant, avansat/primitiv etc. nu există în vocabularul acestei perspective. Pe de altă parte, după cum se va vedea în continuare, se ridică semne de întrebare cu privire la relevanța gnoseologică a comparării de sisteme de drept naționale şi nu de tradiții sau culturi juridice. În

condițiile în care ideea de sistem de drept (național) nu oferă o perspectivă completă, profundă, dinamică asupra dreptului, obiectul tradițional al macrocomparației este supus unui proces de profundă transformare.

1.2. Care este obiectul specific macrocomparației?

Faptul că am stabilit că sistemele de drept naționale, luate în sine, pot fi obiectul macrocomparației și că numărul acestora depinde de interesele științifice subiective ale comparatistului nu clarifică întru totul conținutul acestui demers științific. Evaluat ca sistem, sistemul de drept național se distinge prin anumite particularități, prin anumite elemente specifice care îl disting de alte sisteme de drept naționale. De aceea, mai trebuie sa răspundem la o întrebare: **ce anume vizează macrocomparația în momentul în care se apleacă asupra sistemelor de drept luate în sine?** Cu alte cuvinte, având în vedere că demersul comparativ comportă descoperirea și analiza asemănărilor și a deosebirilor dintre termenii comparați, este important a stabili asupra căruia din aceste aspecte se concentrează macrocomparația. Să vedem ce spun comparatiștii:

- ierarhia izvoarelor dreptului (Bogdan; Zweigert & Kötz; Kamba; de Cruz)
- originea sau dezvoltarea istorică (Bogdan; Zweigert & Kötz; Kamba; de Cruz)
- rolul actorilor dreptului (Zweigert & Kötz; Kamba; de Cruz)
- tehnica legislativă, tehnica rezolvării disputelor, stilul codificării și metodele interpretării statutare (Zweigert & Kötz; Kamba; de Cruz)
- anumite caracteristici comune (Bogdan)
- elementele determinante ale sistemelor de drept (Constantinesco)

Dacă analizăm cu atenție opiniile comparatiștilor, care, după cum se observă, sunt foarte diversificate, putem ajunge la concluzia că, în ceea ce privește conținutul macrocomparației, marea majoritate a autorilor afirmă, mai mult sau mai puțin explicit, că ea are în vedere determinarea acelor **elemente comune**, indiferent că se numesc elemente determinante (Constantinesco), caracteristici comune (Bogdan), stil (Zweigert & Kötz), caracteristici esențiale (David) aparținând diverselor ordini juridice, elemente care ne permit să le grupăm pe acestea în familii sau mari sisteme juridice sau să descoperim „normele juridice fundamentale și instituțiile juridice care există în toate sau aproape în toate societățile umane" (Bogdan, 1994: 22). Având în vedere că, în acest caz, finalitatea demersului comparativ este una axată pe decelarea universalității în drept, analiza științifică accentuează cu prioritate **asemănările** dintre sistemele de drept naționale. Aici trebuie adăugat faptul

că detectarea acestor elemente comune în care rezidă asemănările între sistemele de drept naționale se bazează pe o prezumție necesară, *i.e.* o anumită parte a sistemelor de drept este imuabilă, nu se schimbă (Bogdan, 1994: 85-86; David & Jauffret-Spinosi, 2002: 14-15; Constantinesco, 1997: 232-233). Ca urmare, elementele comune nu au fost niciodată detectate la nivelul normelor sau al instituțiilor juridice. Acestea se schimbă cel mai repede şi mai uşor. Elementele comune rezidă în elemente de substanță, de design şi de structură a sistemelor de drept, legate de valorile pe care acestea sunt construite. Gruparea sistemelor de drept naționale în familii juridice în funcție de anumite elemente comune a reprezentat atât obiectul dreptului clasic înțeles ca știință, cât şi obiectul dreptului comparat clasic înțeles ca metodă. Pentru prima orientare, metoda comparativă contribuia la descoperirea elementelor comune care, mai apoi erau utilizate de către știința dreptului comparat pentru a produce cunoaştere (Constantinesco, 1997: 239-240). Pentru a doua orientare, metoda comparativă, identificată cu dreptul comparat, realiza gruparea sistemelor de drept naționale în funcție de anumite elemente comune, producând cunoaştere la nivelul științei dreptului (David & Jauffret-Spinosi, 2002: 15).

§2. Marile sisteme de drept sau familiile juridice

În mod tradițional, **scopul macrocomparației** a vizat gruparea şi clasificarea sistemelor de drept naționale în mari sisteme de drept/familii juridice. Rezultatele acestui demers științific au fost, în mod predictibil, extrem de diverse. Pe de o parte, acest aspect este explicabil datorită variabilelor diferite cu care au lucrat diverşii comparatişti în procesul de detectare a elementelor comune aparținând familiilor juridice. Pe de altă parte, diversitatea este explicată de faptul că juriştii comparatişti interesați de taxonomie au scris în perioade diferite, în momente în care harta sistemelor de drept naționale era diferită. Prin urmare, un rezultat au obținut cei care au abordat problema între Al Doilea Război Mondial şi căderea comunismului pe plan mondial şi alt rezultat au obținut cei care s-au ocupat de problemă după 1989. Pentru primii, familia dreptului socialist a fost o realitate evidentă, pentru ceilalți, ea a devenit o realitate problematică. Nu în ultimul rând, diversitatea provine şi din încercarea comparatiştilor de a ține sau nu cont de aspectele specifice dreptului public, în cadrul unui demers de grupare şi clasificare dominat *ab initio* de specificitatea dreptului privat.

În cadrul acestor parametri, gruparea sistemelor de drept naționale a produs rezultate multiple, mai mult sau mai puțin valide din punct de vedere științific. La 1905, plecând de la variabilele istoriei, geografiei, religiei şi rasei, **A. Esmein** distingea între marile sisteme de drept romano-germanic,

anglo-saxon, slav şi islamic. Scriind într-o epocă de vârf a imperialismului colonial, autorul francez era complet neinteresat de dreptul asiatic şi cel african. Unele clasificări timpurii bazate pe elementul rasei (**Sauser-Hall**, 1913) au fost respinse pentru reducţionismul lor, în timp ce altele, precum cea aparţinând lui **P. Arminjon, B. Nolde** şi **M. Wolff** (1951), au introdus definitiv în ecuaţie elemente de clasificare precum istoria, izvoarele dreptului, tehnica legislativă, conceptele juridice şi cultura. Departe de a fi complet ignorat, acest din urmă element a continuat să influenţeze demersul de clasificare a sistemelor de drept şi în anii '60 ai secolului al XX-lea (**Schnitzer**, 1961). Marele merit al celor trei autori spanioli a fost totuşi de a face trecerea de la abordarea extrinsecă a criteriilor de clasificare (rasă, geografie) la una aproximativ substanţială, bazată pe elemente intrinseci sistemelor de drept (van Reenen, 1996: 77). Una din cele mai importante şi seminale clasificări a fost propusă de **R. David** în numeroasele ediţii şi traduceri ale binecunoscutului său tratat dedicat marilor sisteme juridice: *Les grands systèmes de droit contemporains.* Acordând un rol important ideologiei ca element comun definitoriu pentru gruparea marilor sisteme de drept, autorul reuşeşte o clasificare care, pe de o parte, a încercat să absoarbă dreptul public în taxonomie, pe de altă parte, a oferit aceeaşi perspectivă occidentală reducţionistă asupra dreptului mondial cu care ne obişnuiseră primii comparatişti. Clasificarea în marile sisteme juridice romano-germanic, *common law*, socialist, religios (acesta din urmă incluzând dreptul musulman, hindus, dreptul Extremului Orient, dreptul african şi cel aparţinând Madagascarului) a creat serioase probleme celor care, după 1989, au continuat publicarea unor noi ediţii ale lucrării lui David (David, Jauffret-Spinosi, 2002), în măsura în care distincţia prea abruptă între marile sisteme de drept occidentale şi cele neoccidentale creează o inegalitate de receptare. Mult mai penetrantă astăzi, mai ales prin actualitatea ei, este clasificarea comparatiştilor germani **Zweigert** şi **Kötz**. Pornind de la un conglomerat de elemente comune, dintre care se distinge conceptul de „stil", aceştia disting între marile sisteme de drept german, romanist, nordic, chinez, japonez, islamic şi hindus. În mod surprinzător, deşi dezvoltă o critică asiduă a diverselor încercări de clasificare a sistemelor de drept contemporane, deşi propune o teorie proprie a elementelor determinante, *i.e.* concepţia despre drept şi tipul de drept (structură, funcţii şi finalităţile obiective ale dreptului); rolul ideologiei, raportul specific dintre datul social şi construitul juridic, **L.-J. Constantinesco** se abţine să propună o taxonomie proprie a sistemelor de drept contemporane.

§3. Mai este actuală gruparea sistemelor de drept naţionale în mari sisteme de drept/familii juridice?

Aflat cu prioritate în centrul preocupărilor comparatiştilor dreptului în cea de-a doua jumătate a secolului al XIX-lea, demersul de grupare a sistemelor de drept naţionale în familii juridice se află astăzi într-un continuu proces de reevaluare a resorturilor sale ştiinţifice. Pe de o parte, abordarea sistemului de drept naţional ca fiind un drept static (Glenn, 2008: 426-427), sustras transformărilor, dintr-o perspectivă pur pozitivistă, ridică serioase semne de întrebare cu privire la capacitatea adepţilor acestui demers de a surprinde dinamica perpetuă a dreptului la nivel naţional şi internaţional. Astfel, demersul taxonomic este puternic lovit de relativitate, în condiţiile în care, la nivel mondial, are loc o continuă reaşezare a numărului sistemelor de drept naţionale, a conţinutului lor normativ ori a trăsăturilor stilistice ale acestora. Dinamica extraordinară a dreptului contemporan, supus unui intens proces de globalizare, uşurinţa cu care se poate apela la transplantul juridic, disponibilitatea crescută pentru inginerie culturală, migrarea masivă a populaţiei, toate acestea transformă graniţele dintre familiile juridice în proiecţii de laborator greu de verificat empiric. Prin urmare, vechea clasificare a fost incapabilă să administreze şi să integreze sistemele de drept mixte sau procesul continuu de transformare a dreptului, cu toate că autorii clasici ai macrocomparaţiei erau conştienţi de această problemă şi de implicaţiile ei în ceea ce priveşte acurateţea taxonomiei (Zweigert & Kötz, 1998: 72). Tocmai de aceea, deşi abordarea macrocomparativă este justificată de nevoia de a privi dreptul ca un fenomen universal, necesitatea de a jongla cu repere clare, statice, ale demersului taxonomic îl ancorează pe macrocomparatist mai curând în istoria sistemelor de drept decât în contemporaneitate (Husa, 2006: 383). Acest aspect îl determină însă pe comparatist să facă cu greu faţă provocărilor contemporane, cum ar fi, de exemplu, procesul integrării (juridice) europene.

Pe de altă parte, asupra vechilor taxonomii planează o suspiciune care pune sub semnul întrebării validitatea demersului de clasificare în sine, dar şi oportunitatea diverselor criterii de clasificare (Glenn, 2006: 60; Twining, 2007: 78-79; van Reenen, 1996: 72). Se ridică aici o întrebare firească cu privire la necesitatea de a face clasificarea sistemelor de drept naţionale doar în funcţie de anumite criterii, ignorând pe altele. În acelaşi timp, numărul ridicat şi natura diversă a criteriilor de clasificare a complicat şi a determinat lipsa de rigoare în cadrul demersului taxonomic (Vanderlinden, 1995: 229-330). Totodată, fiind un demers realizat cu precădere de către comparatiştii occidentali ai dreptului, gruparea sistemelor de drept naţionale în familii juridice a fost acuzată de reducţionism şi de incapacitatea de a în-

țelege corect complexitatea anumitor sisteme de drept ne-occidentale. Mai mult, acest demers de a stabili clasificări pentru sistemele de drept naționale a fost acuzat a fi „o strategie pentru a legitima supremația Occidentului în materie juridică" (Monateri, 1998: 835). Gruparea sistemelor de drept naționale în civilizate/necivilizate, mature/imature, originare/afiliate, semnificative/nesemnificative poartă semnul arbitrariului şi, ca urmare, îşi găseşte cu greu astăzi legitimitatea. Un pasaj din J.H. Merryman este edificator pentru acest tip de mentalitate occidentală:

> „(...) un jurist dintr-o relativ subdezvoltată națiune din America Centrală poate fi convins că sistemul lui de drept este în mod semnificativ superior celor aparținând Statelor Unite sau Canadei. Exceptând cazul în care el este un cercetător sofisticat al dreptului comparat, el poate fi înclinat să-l patroneze pe juristul din *common law*. El va recunoaşte dezvoltarea noastră economică avansată şi ar putea invidia nivelul nostru de viață. Dar el va găsi un confort compensator în a gândi sistemul nostru de drept ca subdezvoltat şi pe juriştii *common law* ca pe nişte inculți. Ignorarea acestei atitudini a unor jurişti «civilişti» față de juriştii *common law* poate conduce la neînțelegeri şi dificultăți în comunicare (...)"(Merryman, 1969: 1-6).

Urmând această direcție, critica taxonomiei clasice a familiilor juridice a scos în evidență necesitatea de a depăşi abordarea excesiv pozitivistă a dreptului, condiționând, ca urmare, o mai bună înțelegere a specificului diverselor sisteme de drept naționale prin necesitatea de a aborda dreptul în contextul său socio-cultural. S-a trecut, prin urmare, prin intermediul perspectivei „dreptului înțeles prin prisma culturii" (*law as culture*[11]), de la analiza marilor sisteme de drept/familiilor juridice la analiza **familiilor cultural-juridice**. Trecerea de la perspectiva pozitivistă la cea culturalistă nu s-a făcut uşor, influențele clasicelor familii juridice marcând puternic orice schimbare de tipar. Pentru H.W. Ehrmann, de exemplu, necesitatea de a ancora dreptul în legăturile sale socio-culturale era importantă pentru a înțelege dinamica vie a dreptului, dar prin propunerea unor „familii de culturi juridice" echivalente ale marilor sisteme de drept identificate de R. David (Ehrmann, 1976: 12-13), nu face altceva decât să se mențină într-o perspectivă statică, reducționistă asupra sistemelor de drept contemporane. Alții au ajuns, prin prisma acestei abordări, să delimiteze culturile juridice africană, asiatică, islamică şi vestică (van Hoecke & Warrington, 1998: 495-502). Van Hoecke şi Warington încearcă aici să evite un reducționism cultural propunând nivele de analiză trans şi intra culturală care să ia în calcul diversitatea cultural juridică din interiorul marilor familii cultural-juridice,

[11] A se vedea *infra,* Capitolul VII, secțiunea a 3-a, subsecțiunea 2.3; Capitolul IX, secțiunea a 3-a.

e.g. romano-germanic şi *common law* în interiorul familiei cultural-juridice vestice, precum şi în interiorul fiecărei astfel de componente, *e.g.* sistemele de drept continentale în Europa (van Hoecke & Warington, 1998: 532-533). Cu toate acestea, în ciuda criteriilor complexe, cultural-juridice, pe care le utilizează pentru clasificare, abordarea lor este, inevitabil, statică, ratând evidenţierea dinamicii vii a dreptului contemporan.

În contextul dezbaterii cu privire la contururile semantice ale sintagmei „cultură juridică"şi a asumării necesare a importantei dimensiuni a trecutului, accentul a fost mutat mai curând pe **tradiţiile juridice ale lumii** (Merryman, 1985: 1-2; Glenn, 2004). Merryman pleacă de la realitatea sistemelor de drept naţionale, pe care refuză să le evalueze pozitivist ca instituţii juridice, proceduri şi legi, ci ca pe expresii cultural-juridice ale anumitor societăţi. Tradiţiile juridice, *e.g.* a dreptului civil, *common law*, socialistă, sunt un cumul de atitudini despre natura dreptului, despre rolul dreptului în societate şi în politică, despre organizarea propice şi funcţionarea unui sistem de drept, despre modul în care dreptul trebuie făcut, aplicat, studiat, perfectat şi gândit (Merryman, 1985: 2). Perspectiva lui Merryman este mai curând una statică şi îl apropie considerabil sub aspectul pericolului reducţionist de teoria familiilor cultural juridice.

Pentru **H.P. Glenn**, sistemele de drept naţionale se regăsesc în mari tradiţii juridice distincte: chtonică, talmudică, a dreptului civil, islamică, *common law*, hindusă şi asiatică. Demersul lui Glenn are însă avantajul de a nu pleca de la existenţa sistemelor de drept naţionale ca realităţi predeterminate şi perfect cristalizate sub aspectul trăsăturilor lor stilistice, care trebuie grupate şi clasificate ca atare, ci de la constatarea existenţei unor diverse tradiţii juridice. Acestea nu reprezintă nici tradiţii normative şi nici practici juridice perpetuate în timp, ci informaţie normativă (Glenn, 2008: 425) susţinută în mod constant de către diverse comunităţi epistemologice. Această perspectivă îi permite autorului să evite încapsularea sistemelor de drept naţionale în familii juridice singularizate prin elemente determinante şi să scoată în evidenţă dinamica aparte a dreptului în diversele societăţi/comunităţi umane. Tocmai de aceea, identificarea marilor tradiţii juridice nu are scopuri taxonomice, neexistând intenţia de a grupa sistemele de drept naţionale în tradiţii juridice. Ea vizează stabilirea măsurii în care anumite tipuri de tradiţii juridice au contribuit şi contribuie la conturarea unui anume sistem de drept naţional (*idem*). Prin aceasta, sistemele de drept naţionale sunt identificate ca având la bază, cu diverse ponderi, anumite mase de informaţie normativă, reprezentând tot atâtea tradiţii juridice, aflate într-un continuu proces de consolidare sau transformare. De exemplu, un sistem de drept naţional poate avea profund la bază tradiţia dreptului civil, fără ca acest aspect să împiedice asumarea de către comunitatea epistemologică

națională sau de către una profesională şi a informației normative specifice tradiției *common law*. O astfel de perspectivă împiedică plasarea exclusivă a sistemului de drept național respectiv fie în familia dreptului civil, fie în familia *common law* şi scoate în evidență complexitatea şi dinamica aparte a componentei informațional-normative la nivelul respectivei societăți.

Fără a repudia în întregime vechea taxonomie, alte analize au propus o reevaluare a problematicii marilor sisteme de drept/familiilor juridice din perspectiva fructificării realității evidente a sistemelor de drept mixte. Interesul pentru această abordare a crescut în contextul conştientizării interacționării particulare ce are loc la nivelul UE între familiile dreptului civil/ romano-germanică şi *common law*. De aici şi ideea de a discuta despre un *ius commune Europaeum* ca despre un sistem de drept mixt (Smits, 2002). Din nefericire, pentru V. Palmer acest lucru nu a însemnat depăşirea unui reducționism tipic occidental, în condițiile în care propune o grupare a sistemelor de drept în sistemul dreptului civil, *common law* şi sistemul jurisdicțiilor mixte (Palmer, 2001).

O mult mai ambițioasă abordare propune **E. Örücü**, plecând de la ideea conform căreia „toate sistemele juridice sunt suprapuneri, combinații şi mixaje în diverse grade" (Örücü, 2004b: 363; Örücü, 2007: 172). La prima vedere, ar fi fost de aşteptat ca o asemenea idee să inhibe definitiv orice încercare de grupare a sistemelor de drept naționale, dar autoarea se ambiționează să ne propună una. Urmărind să stabilească nişte tipare ale mixajului juridic contemporan, Örücü depăşeşte abordarea tipic pozitivistă a macrocomparatiştilor clasici şi, integrându-se noului curent al contextualismului socio-cultural, stabileşte patru tipuri de interacțiune (cultural) juridică între sistemele de drept naționale: cea între sisteme de drept similare din punct de vedere socio şi cultural-juridic; cea între sisteme de drept similare din punct de vedere socio-cultural, dar diferite din punct de vedere cultural-juridic; cea între sisteme de drept diferite din punct de vedere socio-cultural, dar similare din punct de vedere cultural-juridic; cea între sisteme de drept diferite atât socio-cultural, cât şi cultural-juridic (Örücü, 2007: 173). În urma acestor interacțiuni, rezultă diverse sisteme de drept suprapuse, intercorelate, mixte sau în curs de tranziție. În aceste condiții, Örücü depăşeşte dificultatea de a stabili granițe statice între diversele familii juridice prin propunerea unei **teorii a „arborelui genealogic"**. Aceasta îi permite autoarei să ia act atât de continua dinamică a interacțiunilor dintre sistemele de drept, cât şi de diversitatea care separă pe membrii aceleiaşi familii, dar aflați pe diverse ramuri ale arborelui genealogic. Ca urmare, se pot decanta diversele influențe suferite de un sistem de drept din partea altora, precum şi gradul de înrudire a lor cu modelele juridice, în funcție de cantitatea de drept importat şi de succesul transpunerii acestuia (Örücü, 2004: 142). Problema care rămâne

în cadrul acestei teorii este totuşi modul în care se stabilesc care anume sunt „semințele" care stau la baza diverselor ramificații şi suprapuneri ale sistemelor de drept şi culturilor juridice contemporane. Faptul că autoarea foloseşte ca „semințe" tradițiile juridice stabilite de Glenn îi supune perspectiva aceluiaşi tip de relativism (dacă există tradiții juridice încă nedescoperite, care ar putea fi valoarea teoriei arborelui genealogic?), fapt pe care Örücü îl sesizează (Örücü, 2004: 366). Pe de altă parte, se pune problema unui fel de *probatio diabolica*: ce anume garantează că romano-germanicul sau *common law*-ul, utilizate ca semințe preferate, nu sunt de fapt şi ele nişte ramuri, trebuind căutate alte semințe în substraturile profunde ale istoriei?! O altă problemă rezidă în valoarea acestor sisteme/culturi juridice mixte ca obiecte ale comparării. Având în vedere că sistemele de drept românesc de la 1848, cel de la 1864, cel de la 1923, cel de la 1940, cel de la 1965, cel din 1995 şi cel din 2013 sunt mixaje distincte de diverse „semințe" juridice, a discuta despre sistemul de drept românesc ca obiect al comparării juridice devine un demers delicat. Nu în cele din urmă, perspectiva sistemelor de drept naționale ca mixaje de diverse semințe/tradiții juridice elimină complet din peisaj nevoia de a dezbate corelația dintre cultură juridică, diferențiere juridică şi identitate juridică. E ca şi cum ai spune că nu există o cultură şi o identitate juridică franceză deoarece ea este compusă din „mlădițele" unor diverse „semințe" juridice.

În acelaşi timp, departe de a postula un real „față în față" între sistemele de drept naționale, bazat pe un dialog între egali, gruparea în familii juridice nu face altceva decât să postuleze granițe, izolare şi chiar tensiuni între structurile juridice încremenite, statice. Acest aspect descalifică demersul comparativ care, având în vedere etimologia cuvântului „a compara" (*com* – „cum", lat. – şi *par* – „egal"), este în mod inerent relațional şi implică demersul de a aduce împreună pentru scopuri de evaluare sau judecată (Glenn, 2008: 429-430). În aceste condiții, ceea ce în mod curent a fost abordat ca „sisteme de drept comparate" nu a reprezentat altceva decât un demers taxonomic de raportare a sistemelor de drept naționale la criteriile/elementele de referință ale unei familii juridice, completat cu un demers descriptiv care rar a întrunit valențele comparării efective. Pentru a se da curs comparării juridice ca interrelaționare între egali, un prim pas se consideră a fi eliminarea perspectivei eurocentriste din procesul taxonomic (Glenn, 2008: 434-436). În acest sens, utilizarea unor perspective noi, precum teoria tradițiilor juridice, ar putea, într-adevăr, să lărgească orizontul dezbaterii dincolo de granițele culturale ale Europei sau Occidentului. Ea ar putea să abordeze sistemele de drept naționale ca fiind în mod egal pasibile de a fi in-formate cu informația normativă a uneia sau mai multor tradiții juridice, precum şi capacitatea tuturor tradițiilor juridice

de a in-forma diversele sisteme de drept naționale. Prin urmare, în loc să vorbim despre sisteme de drept naționale sau chiar despre tradiție juridică națională pură, mai curând ar trebui să vorbim despre o **pluralitate sau multiplicitate de tradiții juridice**. Acest proces nu este însă dincolo de dispută, în condițiile în care rămâne de stabilit în ce măsură identificarea tradițiilor juridice este ea însăşi un demers eurocentric. În acelaşi timp, în ciuda virtuților ei, teoria tradițiilor juridice pare a nu face față provocărilor ridicate de dinamica actuală a dreptului, fiind mai puțin capabilă, din punctul nostru de vedere, să redea complexitatea interacțiunilor dintre sistemele de drept decât teoria arborelui genealogic. Considerând tradiția juridică informație normativă, teoria tradițiilor juridice se centrează pe dreptul înțeles prin prisma culturii. Informația normativă înseamnă o anumită poziționare cultural-juridică a unei comunități, dar acest aspect ignoră cazurile în care dreptul nu este receptat ca atare într-o anumită societate. În anumite cazuri, anumite norme juridice pot fi prezente într-o societate dată fără ca ele să fie asumate, susținute şi comunicate ca informație de către comunitatea epistemologică. Ele pot exista şi chiar se pot aplica fără a fi asumate cultural de către comunitate. Din acest punct de vedere, teoria arborelui genealogic explică mai bine cazurile în care nu vorbim pur şi simplu de multiple filoane cultural-juridice în cadrul unui sistem de drept, ci avem în vedere şi cazul în care ne aflăm în prezența unui melanj între o anumită cultură juridică şi instituții sau norme juridice care nu au fost asimilate cultural.

În final, pentru a răspunde întrebării din titlul secțiunii, putem spune că **da, gruparea sistemelor de drept naționale în mari sisteme de drept/ familii juridice este încă necesară**, cel puțin din considerente de ordin pedagogic. Este cert că am depăşit epoca în care s-ar fi putut trasa, cel puțin teoretic, linii clare de demarcație între diversele sisteme de drept naționale. Pe de o parte, dinamica extraordinară a sistemelor de drept de astăzi împiedică în mod obiectiv o decupare statică a familiilor juridice, pe de altă parte, nevoia de dialog, de diversitate şi pluralitate impune actualmente o reconsiderare a viziunilor reducționiste propuse în mod curent de către comparatiştii occidentali. Totuşi, între diversele sisteme de drept naționale există identitate de origine istorică, există un parcurs istoric relativ comun, există asemănări datorate aculturației juridice. Scoaterea în evidență a acestora, prin demersuri pedagogice de grupare a sistemelor de drept naționale, creează un mediu informațional propice pentru înțelegerea atât a diversității, cât şi a uniformității în drept de către cei care se inițiază în ştiința dreptului. Dincolo de perspectiva didactică, cu limitele ei inerente, trebuie reținut că în materie de macrocomparație a trecut timpul în care se putea discuta doar despre sisteme de drept, în sensul pozitivist al termenului. Analiza contextualizată, cu accent pe rădăcinile şi specificitățile

culturale ale dreptului într-o societate dată, pe intercondiționările sale de ordin social, economic şi politic, a devenit un bun câştigat al macrocomparației (Örücü, 2004: 45).

§4. Sistemele de drept mixte / dreptul mixt

Acceptând faptul că marea majoritate a dreptului ia naştere ca urmare a transplantului juridic, se poate spune că marea majoritate, dacă nu chiar toate sistemele de drept contemporane, sunt **mixte**. Dincolo de această idee generală, teoria dreptului comparat face o distincție netă între diversele tipuri de mixaj juridic, având în vedere atât ponderea diverselor componente, cât şi intensitatea interacțiunii dintre ele. Este, prin urmare, doar natura mixajului cea care variază (Reid, 2003-2004: 19; Du Plessis, 2008: 481). Astfel, se face diferența între heterogenitatea specifică oricărui sistem de drept contemporan, avându-se în vedere că niciunul nu este în totalitate original sau pur (sensul larg), şi prezența unor sisteme de drept/jurisdicții mixte (sensul restrâns). Distincția o reținem pentru considerente pur istorice şi didactice, având în vedere faptul că analiza dreptului mixt tinde să se generalizeze astăzi la orice tip de mixaj juridic, cu considerarea tradiționalelor sisteme juridice mixte ca o simplă subgrupă în ansamblul general al dreptului mixt contemporan (Örücü, 2004: 157-158).

Sistemele de drept mixte au luat, de regulă, naştere ca urmare a unui transfer intercolonial de teritorii, *e.g.* transferul Louisianei către Imperiul Britanic (1763), asocierea/unificarea unor suveranități, *e.g.* Actul de unire a Scoției cu Anglia din 1707, ori ca urmare a determinărilor cultural-juridice ale elitei juridice dintr-o țară, *e.g.* influențele dreptului continental european asupra elitei juridice israeliene. Pentru a putea vorbi despre sisteme de drept mixte, trebuie cumulate trei condiții: 1. Dreptul romano-germanic şi tradiția *common law* să reprezinte elementele de bază ale mixajului juridic; 2. Ponderea celor două tradiții juridice să fie egală sau într-un grad care să facă mixajul evident şi acceptat ca atare; nu în ultimul rând, este important ca sistemul respectiv să nu evolueze spre predominanța evidentă a vreuneia dintre tradițiile juridice sau spre absorbția uneia de către cealaltă; 3. De regulă, tradiția romano-germanică influențează dreptul privat, iar tradiția *common law* influențează dreptul public (Reid, 2003-2004: 21-22; Palmer, 2006: 468-469). Dacă primele două criterii au fost mai mult sau mai puțin explicit acceptate, al treilea criteriu a întâmpinat o critică asiduă. Unii comparatişti au constat tendințe de influență în toate direcțiile între cele două familii juridice occidentale: astfel, pe când dreptul civil este în mod tradițional influențat de tradiția romano-germanică, dreptul comercial este profund îndatorat tradiției *common law*. De asemenea, se remarcă impor-

tante influențe ale tradiției romano-germanice în materie de drept penal şi constituțional, în timp ce procesualitatea a rămas profund dependentă de *common law* (Visser, 2003-2004: 49; Du Plessis: 2008: 478).

În epoca taxonomică a dreptului comparat, prezența unor sisteme de drept mixte, combinând tradiția romano-germanică cu cea a *common law*, a reprezentat o adevărată provocare pentru macrocomparatişti. Mulți nu s-au sfiit să ignore existența acestora, preferând să se concentreze pe particularitățile familiilor juridice „pure". Cel mai adesea, ceea ce a fost considerat impur a fost izolat, prin eliminare, în cadrul unei neclare şi incerte a 3-a familii juridice cuprinzând, de regulă, Québec, Louisiana, Africa de Sud, Israel şi Scoția. Decizia acestora este de înțeles, în condițiile în care problema mixajului juridic este greu de administrat din punct de vedere taxonomic. Pe de o parte, reducerea dreptului mixt doar la componentele tradiției romano-germanice şi *common law* ignoră diversitatea mixajelor juridice la nivel mondial, pe de altă parte, acest demers manifestă un subiectivism lipsit de ethosul dialogului. Un studiu al Facultății de drept a Universității din Ottawa a scos în evidență diversitatea şi complexitatea familiei sistemelor de drept mixte. Stabilind existența a diverse combinații între familia dreptului civil/ romano-germanică, *common law*, dreptul cutumiar, dreptul musulman şi dreptul talmudic (Du Plessis, 2008: 482), studiul scoate în evidență cât de eurocentrică şi cultural direcționată este abordarea inițială a problematicii familiei dreptului mixt. Luând act de pluralismul juridic existent, un mixaj juridic bazat doar pe tradițiile romano-germanică şi *common law* poate fi doar o subgrupă a acestei familii juridice.

Acest lucru scoate în evidență problemele efortului taxonomic clasic şi dificultatea reală de a găsii criterii adecvate pentru clasificare. Studiul de la Ottawa avea ca unic criteriu simpla existență a unui mixaj juridic, fără niciun fel de pretenție de a stabili existența unor elemente comune. Criteriile lui Palmer, prezentate mai sus, au defectul de a fi prea relative: ele iau în calcul doar acel tip de mixaj în care componentele nu-şi pierd individualitatea şi, pe de altă parte, defalcarea influențelor celor două familii juridice spre dreptul privat şi dreptul public este mai mult decât discutabilă în condițiile în care se constată influențe ale *common law* spre dreptul privat şi influențe ale romano-germanicului spre dreptul public (Du Plessis, 2008: 485). În acelaşi timp, ele pot fi considerate insuficiente pentru o imagine completă. Alte criterii ar putea fi adăugate, cu aceeaşi forță taxonomică: existența a cel puțin două limbi oficiale, existența unor legislative distincte ori existența unor curți supreme distincte (Tetley, 1999: 895-905). Perspectiva restrânsă, tradițională, asupra clasificării familiilor juridice are probleme şi în administrarea intensității mixajului juridic. Ideea păstrării individualității componentelor mixajului juridic acoperă doar o parte a realității contem-

porane şi, în orice caz, nu dă seama de dinamica extrem de complexă a dreptului contemporan. În aceste condiții, sistemele de drept mixte, grupate în mod tradițional în scopuri taxonomice, suferă de aceleaşi probleme în ceea ce priveşte „încremenirea" lor ca şi celelealte clasificări ale familiilor juridice contemporane (Castellucci, 2008: 3). În aceste condiții, o perspectivă dinamică, precum cea oferită de teoria arborelui genealogic a lui E. Örücü, ar fi mai utilă atât pentru a scoate în evidență diversitatea componentelor mixajului juridic, cât şi pentru a stabili nivelul de interacțiune dintre aceste componente.

Existența **dreptului mixt**, într-un **sens larg**, se datorează acceptării posibilității circulației conceptelor, a principiilor, a normelor şi a instituțiilor juridice dintr-un sistem de drept în altul. Postularea teoretic-reducționistă a imposibilității transplantului juridic ar conduce la ideea absurdă a existenței unor sisteme de drept şi culturi juridice pure, lipsite de ingrediente alogene, ceea ce este contrazis profund de realitate. Istoria dreptului şi realitatea juridică prezentă demonstrează nu doar că instituțiile juridice pot circula dintr-un sistem de drept în altul, ci şi că, alături de instituții, circulă, într-o măsură mai mare sau mai mică, şi cultura juridică (Glenn, 2003: 80 şi urm.; Vesser; 2003-2004: 60).

În legătură cu dreptul mixt, în sens larg sau restrâns, se pot ridica o serie de **probleme** care îşi caută răspuns în literatura contemporană a dreptului comparat. Pe lângă mai vechile probleme dezbătute în deceniile trecute, sistemele de drept mixte, *i.e.* dreptul mixt în sens restrâns (ca alăturare sistemică de romano-germanic şi *common law*), ridică probleme legate de factorii care influențează schimbarea juridică prin intermediul importului juridic (*e.g.* judiciarul are un rol important în importul indirect sau de *soft law* datorită specificității tradiției *common law*) ori de valoarea/calitatea mixajului juridic creat: *e.g.* factorii care influențează calitatea mixajului juridic în procesul de import juridic, cu accent pe importanța păstrării identității mixajului juridic, rolul pe care istoria dreptului şi dreptul comparat îl pot juca în asigurarea calității mixajului juridic, lecțiile pe care dreptul mixt le poate da procesului de construcție a unui drept privat unificat în UE ori concluziile pe care le putem desprinde în ceea ce priveşte legătura intimă dintre drept şi limbă într-un climat lingvistic mixt (Du Plessis, 2008: 489-507).

Problema **formării dreptului mixt** este una general valabilă vizând, pe lângă universala chestiune a transplantului juridic, aspecte legate de accidentele şi conjuncturile istorice şi aspecte legate de contribuția actorilor dreptului. Mixajul juridic poate apărea ca urmare a transplantului juridic voluntar sau ca urmare a imperialismului juridic, poate fi efectul întâmplător al unor împrejurări istorice de natură geopolitică sau cultural-juridică ori poate fi urmarea unui proces voluntar şi conştient de convergență juridică

între tradiții juridice distincte, așa cum se întâmplă în UE. Strâns legată de această problemă este **problema ingredientelor** care se mixează și a numărului acestora. În cazul sistemelor de drept mixte s-a vorbit inițial de două ingrediente, *i.e. common law* și dreptul romano-germanic, dar analiza diverselor forme de drept mixt a scos în evidență posibilitatea implicării unui număr mult mai mare de tradiții, culturi și sisteme juridice. Contează, de asemenea, tipul ingredientelor: nu este totuna să se mixeze instituții juridice și/sau culturi juridice; nu în ultimul rând este important de diferențiat între mixarea unor culturi juridice înrudite sau a unora în mare măsură diferite. O altă problemă ce trebuie abordată în legătură cu dreptul mixt, în genere, și cu sistemul clasic de drept mixt, în particular, este **intensitatea mixajului juridic**. Pentru sistemele de drept mixt, menținerea identității componentelor s-a dovedit a fi esențială. În genere însă, se poate constata o intensitate a mixajului ce poate varia între un „piuré juridic", unde ingredientele și-au pierdut identitatea, și ceea ce Örücü a numit metaforic un „vas de mixat" unde ingredientele juridice se mențin ca niște componente distincte. Putem însă descoperi și un mixaj juridic în evoluție, care încă nu s-a stabilizat într-un oarecare mod, iar aici putem folosi metafora culinară a „prăjiturii mixte" aflate în curs de coacere (Örücü, 2004: 149). Mai apoi, în cazul unei intensități ridicate a mixturii juridice, se ridică problema identificării acesteia, precum și a „fibrei" juridice dominante. Important este și aspectul **nivelelor de mixare juridică**. Aici putem vorbi despre un mixaj la nivelul conținutului, substanței sau structurii (Örücü, 2004: 151). Nu în ultimul rând, se ridică problema **efectelor sau a succesului mixajului juridic**. Această problemă se identifică, parțial, cu problematica succesului sau eșecului transplantului juridic ce a stat la baza respectivului mixaj juridic. De asemenea, contează foarte mult și măsura în care s-a reușit obținerea unui piuré juridic dintr-un simplu vas de mixat sau chiar măsura în care se dorește acest lucru. Uneori, de exemplu, succesul mixajului rezidă în măsura în care s-a reușit păstrarea identității elementelor componente, chiar dacă acest aspect împiedică formarea unui sistem juridic nou sau a unei culturi juridice noi.

Secțiunea a 3-a. Microcomparația

În timp ce macrocomparația se referă la sistemele de drept în sine, microcomparația poate avea în vedere, în funcție de autor: compararea unor părți, ramuri sau aspecte ale două sau mai multor sisteme de drept (Kamba, 1974: 505); instituții juridice și probleme specifice, *i.e.* norme folosite pentru a rezolva probleme actuale sau conflicte de interese particulare (Zweigert & Kötz, 1998: 5); norme și instituții juridice individuale (Rheinste-

in); particulele şi elementele componente ale ordinilor juridice (Constantinesco, 1998: 87); „normele diverselor sisteme de drept" (Pound). Tot spre deosebire de macrocomparatie, microcomparaţia poate avea în vedere elemente infinit mai diverse ale sistemelor de drept, în măsura în care aceste aspecte sunt mult mai numeroase decât ordinile juridice în sine. De aceea, problemele limitelor şi conţinutului obiectului microcomparaţiei au acelaşi răspuns ca şi în cazul macrocomparaţiei: ele depind de scopul pe care şi l-a fixat comparatistul. Ceea ce a unit însă concret macrocomparaţia şi microcomparaţia a fost aceeaşi căutare a obiectului comparării, pe de o parte, la nivelul dreptului pozitiv al sistemelor de drept naţionale contemporane şi, pe de altă parte, la nivelul sistemelor de drept occidentale.

Totuşi, pentru autorii clasici ai dreptului comparat, cele constatate mai sus au doar o valoare relativă, determinată de consideraţii pur teoretice. Ca şi în cazul macrocomparaţiei, comparatiştii sunt de acord că alegerea obiectului microcomaraţiei este limitată de factori obiectivi precum cunoaşterea limbilor străine şi accesibilitatea documentaţiei primare. Această alegere mai depinde, ne spune Kamba, de condiţia obiectivă a echivalenţei instituţiilor, a conceptelor, a funcţiilor etc. Nu se poate microcompara decât ceea ce este echivalent (Kamba, 1974: 509). Prin urmare, în materie de microcomparaţie, problematica obiectului se complică prin intervenţia problematicii complexe a lui *tertium comparationis*[1]. Apariţia unor factori obiectivi de alegere a obiectului microcomparaţiei s-a făcut simţită şi în practica dreptului comparat. Există, aşa cum afirma Constantinesco, reguli de bun simţ care, având în vedere satisfacerea tuturor exigenţelor de natură metodologică şi ştiinţifică ale comparării, pretind abordarea comparativă a unui număr cât mai redus de ordini juridice (Constantinesco, 1998: 28-29). Comparaţia trebuie să câştige în profunzime ceea ce pierde în întindere, consideră autorul citat. Pentru Zweigert, „înţeleapta limitare face parte chiar din regulile obiective ale metodei comparative (Zweigert, 1960: 584-585). Acest aspect pare a nu fi fost un lucru dificil de pus în practică, în condiţiile în care analizele microcomparative din ultimele decenii s-au concentrat aproape în exclusivitate pe evidenţierea asemănărilor şi a deosebirilor dintre *common law* (în special Anglia şi SUA) şi familia dreptului civil/romano-germanică (în special Franţa şi Germania). Nu în ultimul rând, cea mai mare parte a studiilor microcomparative apărute până în 1990 au fost interesate de diversele instituţii ale dreptului privat (în special dreptul obligaţiilor), neglijând, în bună măsură, dreptul public.

În ceea ce priveşte abordarea diacronică în cadrul microcomparaţiei, se pare că, respectând regula de bază a comparării unor sisteme de drept diferite, compararea unei sau unor instituţii juridice aparţinând unui sistem

[1] A se vedea *infra,* Capitolul VII, secţiunea a 2-a, subsecţiunea 3.1.

de drept contemporan cu instituții aparținând unui sistem de drept trecut, dreptul roman, de exemplu, este posibilă din punct de vedere metodologic şi utilă din punct de vedere ştiințific. Totuşi, acest demers nu se confundă la Constantinescu cu istoria comparată a dreptului care are în vedere doar sisteme de drept trecute (Constantinesco, 1998: 37). Compararea diacronică este intens utilizată astăzi în cadrul anumitor abordări particulare: *e.g.* compararea dreptului privat european cu dreptul roman, compararea lui *novum ius commune europaeum* cu vechiul *ius commune* născut în Evul Mediu vest-european.

Evoluțiile clasice ale microcomparației s-au lovit, mai ales la începutul secolului al XXI-lea, de un puternic val de critici care au scos în evidență limitele abordării comparative la acest nivel. A fost criticată, în special, ca şi în cazul macrocomparației, orientarea preponderent pro-occidentală, cu tot reducționismul specific acesteia. Ignorarea sistemelor de drept ne-occidentale, pe considerentul că sunt subdezvoltate sau profund dependente de marile tradiții juridice occidentale, a creat un dezechilibru nesănătos pentru o cercetare comparativă deschisă şi realmente globală. În plus, interesul excedent pentru anumite ramuri ale dreptului a determinat o conturare fragmentată a peisajului instituțional-juridic contemporan. Nu în ultimul rând, microcomparația este considerată a fi slab şi incoerent teoretizată sub aspectul comparabilității, al metodei, al nivelurilor şi al obiectivelor comparării (Twining, 2007: 82-83).

Abordarea strict pozitivistă a dreptului, interesul pur pentru producția legislativă a statelor, integrată unui sistem coerent de norme juridice, s-a aflat şi ea intens în centrul criticilor recente. Analiza contextualizată este recomandată şi aici pentru a depăşi abordarea singulară a normativității juridice statale, atât prin luarea în calcul a dreptului produs de instanțe (mai ales în sistemele de drept ce aparțin tradiției romano-germanice), cât şi a pluralității juridice ce există dincolo de dreptul oficial produs de către stat (Örücü, 2007: 48-49). Pe de altă parte, abordarea statică a normelor juridice naționale ar trebui să fie depăşită printr-o analiză a dreptului în acțiune (*law in action*). R. Sacco, de exemplu, atrage atenția că normele de drept naționale sunt doar aparent caracterizate de unitate şi coerență. De fapt, ele se află într-o continuă dinamică determinată de prezența continuă şi decisivă a unor „formanți juridici", printre care autorul enumeră normele legislative şi constituționale, jurisprudența, normele procedurale şi doctrina (Sacco, 1991: 1-31)[1]. Mai mult, astăzi problematica dreptului comparat tinde să se pună în termeni ce exced înțelegerea dreptului ca o ordine normativă susținută de sancțiunea coercitivă a statului-națiune. Dreptul înțeles ca producție

[1] A se vedea *infra*, Capitolul VII, secțiunea a 3-a, subsecțiunea 2.4.

normativă statală este acompaniat, în cadrul unei abordări pluraliste, de un drept nestatal, produs de structuri sociale nestatale.

Secțiunea a 4-a. Concluzii

Având în vedere opțiunile dreptului comparat clasic în materie de macrocomparație și microcomparație, am putea afirma simplu că obiectul dreptul comparat îl pot constitui **două sau mai multe sisteme de drept naționale luate în sine ori ramuri de drept, soluții juridice, norme juridice, instituții sau concepte juridice aparținând la două sau mai multe sisteme de drept alese în mod subiectiv de către comparatist, în funcție de scopul ce acesta dorește să-l atingă prin comparare.** Dincolo de cele câteva limite și disjungeri în materie de selectare a obiectului comparării, se poate observa că ne aflăm cufundați într-un relativism cvasitotal: comparatistul poate selecta ca obiect al comparării orice corespunde intereselor sale științifice. Cum acestea, după cum vom observa, sunt numeroase, obiectele comparării juridice pot fi foarte diverse.

Această perspectivă profund instrumentalistă a fost analizată și respinsă de către mișcarea critică, postmodernă, a dreptului comparat. Critica a fost, nu de puțin ori, legată de condamnarea acceptării dreptului comparat ca simplă metodă și, prin urmare, de lipsa unui efort de a contura un obiect propriu al comparării în drept capabil să-i asigure statutul de știință autonomă. Aceeași critică a fost însoțită, pe de o parte, de o respingere a accentuării importanței pozitivismului juridic în cadrul microcomparației și, pe de altă parte, de un demers de a legitima un obiect privilegiat al comparării juridice care să-i justifice pretențiile de autonomie. Deja, pentru J. Merryman, compararea bazată pe normele juridice era, la mijlocul anilor 1990, o întreprindere trivială și o pierdere de timp (Legrand, 1999: 4; 46).

În aceste condiții, obiectul comparării juridice a luat forme diverse, pe măsură ce noile mișcări de idei în materie s-au distanțat de o simplă abordare formal-juridică: în genere, contextualizarea juridică, de diverse nuanțe, a atras atenția asupra importanței analizei dreptului în context socio-politic, istoric, economic și cultural, analiza filosofico-juridică a atras atenția asupra tiparelor de gândire juridică, culturalismul juridic a atras atenția asupra importanței analizei dreptului prin prisma culturii, în particular asupra mentalității juridice, teoria dreptului în acțiune a atras atenția supra importanței luării în calcul a determinărilor pe care diverșii actori ai dreptului le exercită asupra aplicării acestuia, teoria transplantului juridic evidențiază luarea în considerare a circulației normelor și a diverselor modele juridice, perspectiva economică în dreptul comparat recomandă analiza eficienței economice a soluțiilor juridice în contextul transplantului juridic, iar lingviștii recomandă

o analiză atentă a problematicii traducerii juridice. De asemenea, macro-comparația însăşi a cunoscut schimbări semnificative de obiect: sistemele de drept naționale, încremenite în coordonatele lor statice, au fost înlocuite cu o analiză a dinamicii internaționale a dreptului ce are în vedere, ca obiect ultim de analiză, sistemele de drept naționale, familiile cultural-juridice sau tradițiile juridice ca drept mixt.

Dincolo de multiplicarea metajuridică şi pluridisciplinară a obiectului comparării juridice, s-a dezvoltat treptat o etică a comparării în drept menită să creeze „bune comportamente" în ceea ce priveşte selectarea obiectului dreptului comparat. Astfel, în condițiile în care acesta se doreşte a fi universal, se recomandă renunțarea la alegerea exclusivă a sistemelor de drept occidentale spre comparare; în măsura în care dreptul comparat se doreşte a fi dialogal, se recomandă renunțarea la compararea exclusivă între sistemele de drept „puternice"; în măsura în care se doreşte pluralist, se recomandă renunțarea la abordări reducționiste şi afirmarea ca obiect al comparării a tot ceea ce înseamnă drept statal sau nestatal.

Ca urmare, obiectul dreptului comparat a devenit un evantai impresionant de aspecte posibil de analizat, plecând de la simpla descriere pozitivistă a unui sistem de drept străin (contestabilă ca obiect al dreptului comparat pentru unii) la o analiză filosofică a tiparelor de raționament juridic. În aceste condiții, obiectul dreptului comparat nu poate fi caracterizat decât prin diversitate şi diverse nivele de complexitate. A propovădui eliminarea analizei instituțiilor, a normelor juridice şi a sistemelor de drept străine din analiza comparativă pentru motivul că nu permit o înțelegere profundă, contextualizată, a dreptului străin este o exagerare, aşa cum este o exagerare ideea de a refuza abordarea contextualizată (cultural-juridică sau metajuridică) şi interdisciplinară a dreptului pe motiv că nu intră în sfera de preocupare a unui jurist.

BCU IAŞI

Bibliografie

Ancel, Marc, *Utilité et Methodes du Droit Comparé*, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971;

Ancel, Marc: *Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparé,* în M. Rotondi (ed.), Buts et méthodes du droit comparé, Cedam, Padova, 1973, pp. 1-13;

Bogdan, Michael, *Comparative Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Tano, 1994;

Castellucci, Ignatio, *How Mixed Must a Mixed System Be?,* în Electronic Journal of Comparative Law, vol. 12/2008, pp. 1-18;

Constantinesco, Leontin-Jean, *Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat,* vol. I, Ed. All, Bucureşti, 1997;

Constantinesco, Jean-Leontin, *Tratat de drept comparat. Vol. II: Metoda comparativă,* Ed. All, Bucureşti, 1998;

Constantinesco, Jean-Leontin, *Traité de droit comparé. Tome III: La science des droits comparés*, Economica, Paris, 1983;

David, René, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative,* Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950;

David, René, Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1992;

de Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World,* Cavendish Publishing Limited, London, 1995;

Du Plessis, Jacques, *Mixed Legal Systems,* în M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 477-512;

Ehrmann, Henry W., *Comparative Legal Cultures*, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1976;

Fromont, Michel, *Grands systèmes de droit étrangers,* Dalloz, Paris, 1998;

Glenn, H. Patrick, *The Nationalist Heritage,* în P. Legrand and R. Munday (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 76-99;

Glenn, H. Patrick, *Legal traditions of the World,* 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2004;

Glenn, H. Patrick, *Aims of Comparative Law,* în J.M. Smits (ed.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/ Nothampton, 2006, pp. 57-65;

Glenn, H. Patrick, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, în M. Reimann and M. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 421-440;

Grzybowski, Stefan M., *Le but de recherches et les méthodes des travaux sur le droit comparé,* în M. Rotondi (ed.), Buts et méthodes du droit comparé, Cedam, Padova, 1973, pp. 317-335;

Gutteridge, Harold Cooke, *Le droit comparé,* Librairie générale du droit et de jurisprudence R. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1953;

Husa, Jaakko, *Legal Families*, în J.M. Smits (ed.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2006, pp. 382-392;

Kamba, Walter J., *Comparative law: a theoretical framework,* în International and Comparative Law Quarterly, vol. 23/1974, pp. 485-519;

Knapp, Victor, *Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé,* în M. Rotondi (ed.), Buts et methodes du droit comparé, Cedam, Padova, 1973, pp. 425-441;

Konijnenbelt, Willem, *Discours de la Méthode en Droit Public Comparé,* în Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1994, pp. 121-129;

Kötz, Hein, *Comparative Law in Germany today,* în L'avenir de Droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Société de législation comparé, Paris, 2000, pp. 17-32;

Lando, Ole, *The Worries of a Comparatist,* în D'ici, D'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en L'honneur de Denis Tallon, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 139-148;

Legrand, Pierre, *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 47/1999, pp. 3-66;

Merryman, John Henry, *The Civil Law Tradition,* Stanford University Press, Stanford, 1969;

Merryman, John Henry, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1985;

Monateri, Pier Giuseppe, *"Everybody's Talking": The Future od Comparative Law*, în Hastings International and Comparative Law Review, vol. 21/1998, pp. 825-846;

Örücü, Esin (a), *The Enigma of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004;

Örücü, Esin (b), *Family Tries for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach*, în M. van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology

of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, Oxford, 2004, pp. 359-375;

Örücü, Esin, *A General View of "Legal Families" and of "Mixing Systems"*, în E. Örücü and D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2007, pp. 169-188;

Oteteleşanu, Alexandru, *Actuala concepție asupra ştiinței dreptului comparat*, Bucureşti, 1938;

Palmer, Vernon Valentine, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001;

Palmer, Vernon Valentine, *Mixed Jurisdictions*, în J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton USA, 2006, pp. 467-475;

Picard, Etienne, *L'état du droit comparé en France, en 1999,* în L'avenir de Droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Société de législation comparée, Paris, 2000, pp. 149-179;

Reid, Kenneth G. C., *The Idea of Mixed Legal Systems*, în Tulane Law Review, vol. 78/2003-2004, pp. 5-40;

Rheinstein, Max, *Legal System: Comparative law and Legal system*, în Encyclopedia of the social science nr. IX/1968, McMillan Company, New York, 1968, pp. 204-210;

Sacco, Rodolfo, *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit,* în Rapports nationaux italiens au IXe Congres International de Droit Comparé, Teheran, 1974, Giuffre Editore, Milano, 1974, pp. 113-131;

Sacco, Rodolfo, *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Instalment I of II),* în The American Journal of Comparative Law, vol. 39/1991, pp. 1-34

Sauser-Hall, Georges, *Fonction et méthode du droit comparé,* Kundig, Geneva, 2013;

Schnitzer, Adolf, *Vergleichende Rechtslehre*, Basel, 1945;

Smits, Jan M., *The Making of European Private Law. Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal Systems*, Intersentia, Antwerp, 2002;

Sugiyama, Naojiro, *Essai d'une conception synthétique du droit comparé,* în Recueil d'études Edouard Lambert, Introduction à l'étude du Droit comparé, Tome I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1938, p. 50-60;

Tetley, William, *Mixed Jurisdictions: common law vs. civil law (codified and uncodified) (Part II),* în Uniform Law Review, vol. 4/1999, pp. 877-907;

Twining, William, *Globalism and Comparative Law*, în E. Örücü and D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2007, pp. 69-89;

van Gerven, Walter, *Comparative Law in a Regionally Integrated Europe,* în A. Harding and E. Örücü (ed.), Comparative Law in the 21st Century, Kluwer academic publishers, London/The Hague/New York, 2002, pp. 155-178;

van Hoecke, Mark and Warrington, Mark, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law,* în International and Comparative Law Quarterly, vol. 47/1998, pp. 495-536;

van Reenen, Tobias P., *Major Theoretical Problems of Modern Comparative Legal Methodology (3): the Criteria Employed for the Classification of Legal Systems,* în The comparative and international law journal of Southern Africa, vol. 29, no. 1 (march 1996), pp. 71-99;

Vanderlinden, Jacques, *Comparer les droits,* E. Story-Scientia, 1995;

Vanderlinden, Jacques, *Autour el alentour d'une génération de comparatistes belges,* în L'avenir de Droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Société de législation comparée, Paris, 2000, pp. 39-68;

Visser, Daniel, *Cultural Forces in the Making of Mixed Legal Systems,* în Tulane Law Review, vol. 78/2003-2004, pp. 41-78;

Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative law,* The University of Georgia Press, Athens and London, 1993;

Wigmore, John Henry, *A panorama of the world's legal systems,* 3 volumes, Saint Paul West Publishing Company, 1928;

Winterton, George *Comparative Law Teaching,* în The American Journal of Comparative Law, Vol. 23/1975, pp. 69-118;

Zweigert, Konrad, *Méthodologie du droit comparé,* în Mélanges offerts à Jacques Maury, Vol. I: Drept internațional public şi privat, Dalloz, 1960, pp. 579-596;

Zweigert, Konrad and Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law,* Clarendon Press, Oxford, 1998.

Capitolul V. Ce nu este dreptul comparat? Dreptul comparat în relație cu alte discipline juridice

Încercările de a da o definiție pozitivă dreptului comparat s-au dovedit a fi adesea sterile și lipsite de consistență. De aceea, comparatiștii clasici, mai ales cei europeni, au preferat varianta definirii negative, încercând să stabilească nu ceea ce este, ci **ceea ce nu este** dreptul comparat. Acest tip de abordare a dat naștere unui demers de delimitare a dreptului comparat de o serie de discipline care au drept obiect de studiu tot juridicul. Trebuie precizat, însă, aici faptul că, pentru comparatiștii care susțin varianta dreptului comparat ca metodă, acest demers este inutil în măsura în care metoda comparativă poate fi utilizată în toate disciplinele juridice. De aceea, pentru aceștia comparatiști, căutarea unui obiect propriu al dreptului comparat prin delimitarea de alte științe s-a transformat în prezentarea modului în care acest drept comparat ca metodă este util în câmpul de cercetare al diverselor discipline juridice. De exemplu, R. David tratează această problemă în cadrul funcțiunilor sau al utilității dreptului comparat. Chiar și Zweigert și Kötz, al căror scop declarat de a delimita dreptul comparat de anumite discipline juridice este cât se poate de clar, ajung, nu o singură dată, să enunțe doar modul în care dreptul comparat, evident ca metodă, ajută la dobândirea de noi cunoștințe în cadrul unei discipline juridice sau alta. Acest fapt ni se pare a fi normal doar în măsura în care a încerca să delimitezi pentru dreptul comparat un domeniu propriu de interes înseamnă a încerca fundamentarea sa ca știință autonomă.

Departe de a deveni un demers desuet în cadrul abordării teoretice a dreptului comparat, delimitarea acestuia de alte discipline juridice a continuat să preocupe comparatiștii. Mai mult, s-a simțit nevoia unei extinderi și, totodată, a unei aprofundări a abordării, pe măsură ce dreptul comparat și-a clarificat conținutul și au apărut discipline juridice noi. Astfel, în cadrul unei abordări „idealiste" a dreptului comparat, studiul dreptului străin ar trebui să se contureze ca o disciplină distinctă de compararea juridică propriu-zisă și analizată ca atare (Reimann, 2012). De asemenea, dreptul comparat este astăzi delimitat de discipline juridice mai noi, precum dreptul transnațional, antropologia juridică și analiza economică a dreptului.

Secțiunea 1. Teoria generală a dreptului

Utilizarea metodei comparative în cadrul acestei discipline are efecte pozitive în privința îmbogățirii viziunii juristului asupra propriului sistem drept şi, mai ales, asupra conceptelor, diviziunilor, clasificărilor, definițiilor pe care teoria generală a dreptului le aşază la îndemâna juriştilor pentru a înțelege fenomenul dreptului. Acest demers poate avea în vedere diviziunea dreptului în drept public şi privat sau distincțiile dintre dreptul imperativ şi dreptul supletiv, dreptul de creanță şi dreptul real, bunurile imobile şi cele imobile, importanța unor izvoare ale dreptului sau metodele de interpretare a dreptului.

Toată această analiză ne arată, aşa cum remarca R. David, că aceste concepte nu sunt utilizate peste tot, nu au acelaşi înțeles peste tot, că în anumite locuri ele au intrat în declin sau chiar au fost abandonate în unele țări. Ea ne poate conduce la a ne pune întrebări asupra originii, justificării sau importanței lor în sistemul nostru de drept național. Dreptul comparat poate contribui astfel la distrugerea acelei atitudini care tinde să atribuie acestor concepte un caracter de necesitate şi care a tins, uneori, să sacrifice coerenței lor logice interesele pe care dreptul cu adevărat le poate servi (David & Jauffret-Spinosi, 1992: 4). „O teorie generală a dreptului elaborată pe o bază comparativă ar reprezenta în acelaşi timp rezultatul unei depăşiri a ştiințelor juridice naționale, dar şi punctul de plecare în vederea unei mai bune cunoaşteri şi înțelegeri a fenomenului juridic însuşi", declara şi Constantinesco (1998: 331). Prin urmare, ştiința dreptului nu poate avea pretenții de universalitate în afara demersului comparativ. Există, pe de altă parte, aşa cum am observat, autori, ca M. Bogdan, care reduc dreptul comparat sau aspectul său macrocomparativ la o teorie generală a dreptului în care se aplică metoda comparativă (Bogdan, 1994: 24). În acest caz, distincția dintre cele două discipline este lipsită de sens.

Utilizarea reciprocă a rezultatelor demersului ştiințific, precum şi o eventuală identificare a celor două discipline se conservă, deocamdată, la nivel de potențialitate. În timp ce unii comparatişti îşi pun semne de întrebare cu privire la raportul dintre cele două discipline sau încearcă, cel puțin, să demonstreze importanța teoriei (generale a) dreptului în cadrul demersului metodologic comparativ, teoreticienii dreptului par a fi complet indiferenți față de rolul pe care compararea juridică l-ar putea juca în demersul lor ştiințific.

Secțiunea a 2-a. Filosofia dreptului

Dreptul comparat şi filosofia dreptului s-au intersectat încă din zorii comparativismului juridic modern, în condițiile în care comparatiştii au fost preocupați de ideea de universal în drept, iar filosofia dreptului are, în mod inerent, vocație universală. Având în vedere că filosofia dreptului are o dimensiune universalistă, ne spune David, este imposibil a concepe studierea ei în lipsa unei abordări comparative, limitând-o la viziunea despre drept şi dreptate a unei singure societăți. Scopul acesteia ar fi să ne releve modul diferit în care diversele societăți percep dreptul şi justiția, raportul dintre drept şi morală sau raportul dintre drept şi religie (David & Jauffret-Spinosi, 2002: 4).

Nu este mai puțin adevărat că dreptul comparat, la rândul său, are nevoie de filosofia dreptului în demersul său ştiințific. Degajarea diverselor principii sau tipologii juridice, analiza formelor substanțiale sau a motivelor care cheamă spre eventuale soluții comune care rezultă dincolo de diversitatea tehnicilor abordărilor juridice cheamă pe comparatist spre reflecție filosofică. De asemenea, analiza spiritului diverselor sisteme de drept conduce şi ea la abordări filosofice (Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, 1978: 38).

Nu trebuie pierdut din vedere, însă, faptul că cele două discipline nu se confundau în viziunea comparatiştilor clasici. Chiar dacă reflecția asupra dreptului este motorul comparativismului juridic, dreptul comparat este, înainte de toate, interesat de dreptul pozitiv şi soluțiile sale, în timp ce filosofia dreptului se preocupă de cunoaşterea *sub specie aeternitatis*, cu toate că problema naturii omului şi a naturii lucrurilor este marcată de dubla potențialitate a concretului şi a ultimului, cu toate că filosofia dreptului trebuie să se hrănească întotdeauna din analiza datelor pozitive şi cu toate că şi comparația presupune întotdeauna o dimensiune ce conduce la filosofie (*idem*: 43).

Astăzi, dimpotrivă, distincția dintre dreptul comparat şi filosofia dreptului nu mai este atât de evidentă. Pentru abordarea **dreptului comparat ca teorie/filosofie a dreptului** (*Comparative Law and Jurisprudence*), esența abordării comparativ-juridice este de natură filosofică, fără ca totuşi dreptul comparat să se identifice cu filosofia dreptului. În acest caz, dreptul comparat nu are în vedere norme, instituții juridice sau legi, ci tipare/stiluri de gândire juridică, incluzând aici principii, concepte, credințe şi raționament juridic. În aceste condiții, filosofia dreptului oferă o perspectivă metodologică aparte asupra comparării în drept (Ewald, 1998: 701), fără a reduce analiza comparativ-juridică a tiparelor de gândire juridică la analiza ideilor despre problemele filosofiei dreptului. Aşa cum specifică Ewald, gândirea juridică a juriştilor unui sistem de drept străin are în vedere, pe lângă probleme de

ordin filosofic, şi probleme de ordin economic, sociologic sau privind dreptul din text (*idem*: 706). Conceptul de *jurisprudence*, destul de greu traductibil în limba română, ilustrează deplin specificitatea demersului comparativ juridic în paralel cu filosofia dreptului. Evident, acest demers presupune din partea comparatiştilor depăşirea abordării pur pozitiviste care a împiedicat, în mod programatic, o apropriere sistematică şi serioasă între dreptul comparat şi filosofia dreptului.

Secțiunea a 3-a. Istoria dreptului

§1. Obiect şi relevanţă

Pentru unii comparatişti, istoria dreptului reprezentă o simplă abordare *temporală* a dreptului, iar dreptul comparat o abordare *spațială* (Zweigert & Kötz, 1998: 8) a acestuia. Sau, folosind o altă exprimare, pe când prima are în vedere dreptul în dimensiunea lui diacronică, cealaltă vizează sincronia dreptului. Această viziune exclude comparația din istoria dreptului şi istoria din compararea dreptului. Ambele sunt aici nişte metode care nu se intersectează şi care abordează acelaşi fenomen: cel juridic (Oteteleşanu). Istoria dreptului şi dreptul comparat au fost privite de către alți comparatişti ca fiind două fețe ale aceluiaşi demers de abordare a dreptului: cel comparativ. **A. Watson** susține, de exemplu, că dreptul comparat reprezintă istoria dreptului preocupată de raporturile dintre sistemele de drept. Dreptul comparat trebuie să aibă în vedere asemănări şi deosebiri între sisteme de drept, instituții, norme etc., dar în contextul raporturilor istorice (Watson, 1993: 6-7). În acest sens, istoria dreptului se confundă cu istoria comparativă a dreptului. Pornind de aici, alți comparatişti au denumit istoria comparată a dreptului *drept comparat vertical*, iar compararea sistemelor de drept contemporane *drept comparat orizontal* (de Cruz, 2007: 10).

Care ar fi, totuşi, diferența de metodologie şi obiect dintre cele două discipline? Istoria dreptului utilizează riguros metoda comparativă printre alte metode şi are în vedere instituțiile juridice, ramurile dreptului şi sistemele de drept trecute în scopul de a stabili un adevăr istoric, pe când dreptul comparat se cufundă în neclaritate metodologică (Reimann, 2012: 24) şi are în vedere sistemele de drept, cu instituțiile şi ramurile lor contemporane (sau dreptul pozitiv) pe care le priveşte (uneori) şi dintr-o perspectivă istorică pentru o mai bună înțelegere a acestora în vederea atingerii scopurilor sale teoretice şi practice.

Fără a le declara incompatibile, dar şi fără a le confunda (mai ales dacă dorim să asumăm dreptului comparat statutul de ştiință juridică autonomă),

B.C.U "M. EMINESCU" IASI

trebuie să susținem că cele două dimensiuni **au totuși nevoie una de cealaltă** în demersul analitic pe care îl desfășoară. Cea mai uzuală eroare metodologică ce s-a făcut și s-ar mai putea face ar fi ca „istoricii dreptului să asume că dreptul unui anume timp și loc se dezvoltă în felul său propriu ce poate fi studiat fără a lua în considerare modul cum dreptul se dezvoltă în altă parte". În același timp, un comparatist greșește dacă presupune că „dreptul unei jurisdicții moderne formează mai curând un sistem de drept coerent decât un amalgam de soluții dezvoltate în trecut" (Gordley, 2008: 763). Istoria dreptului este obligată să folosească metoda comparativă în momentul în care abordează instituțiile juridice sau sistemele de drept în evoluția lor, iar comparatistul trebuie să facă și el incursiuni în circumstanțele istorice în care aceste instituții și proceduri aflate sub comparație au evoluat (Zweigert & Kötz, 1998: 8). Orice istoric al dreptului trebuie să fie, în același timp, și un comparatist și orice comparatist al dreptului trebuie să fie și un istoric (Lokin, 2006: 13 și urm.).

După cum am văzut, comparatiștii dreptului consideră studiul evoluției istorice a sistemelor de drept ca făcând fie obiectul microcomparării, fie obiectul macrocomparării. În acest din urmă caz, *dezvoltarea istorică* a sistemelor de drept este considerată unul dintre factorii care determină stilul sistemelor legale moderne (Zweigert & Kötz, 1998: 68; Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, 1978: 63). În acest context, abordarea istorică a sistemelor de drept este obligatorie. Un alt factor determinant, *identitatea gândirii juridice,* implică și el o analiză istorică a elementelor ce au marcat evoluția sa. Înțelegând prin dezvoltarea istorică a sistemelor un element exterior al sistemelor de drept și nu unul de structură, așa cum procedează Zweigert și Kötz, Constantinesco remarcă și el că a cunoaște evoluția istorică a sistemelor de drept este necesar pentru a înțelege specificitatea și originalitatea elementelor lor determinante, în măsura în care structurile caracteristice ale unui sistem/elementele sale determinante sunt rezultatul unui proces de evoluție istorică (Constantinesco, 1983: 128). Aceeași abordare istorică se întâlnește și în cadrul demersurilor comparative de grupare a culturilor juridice naționale în familii sau tradiții cultural-juridice (Merryman, 1969) și este indispensabilă în demersul de a înțelege dreptul ca tradiție (Glenn, 2004).

Mai recent, apelul la istoria (comparată) a dreptului ocupă un rol important în cercetarea științifică a juriștilor preocupați de crearea unui *novum ius commune europaeum,* în contextul unificării juridice la nivel european. Aceștia se află în căutarea în istorie a unor elemente comune ale sistemelor de drept naționale (Hilaire, 1998: 328). În general, o analiză comparativ-istorică se regăsește astăzi în orice demers de analiză contextualizată, pluridisciplinară, a sistemelor și a culturilor juridice străine. Comparatistul

are şanse mai mari să înțeleagă mai bine un sistem sau o cultură juridică străină dacă înțelege modul în care acel sistem sau instituțiile sale au apărut şi s-au dezvoltat în istorie (Gordley, 2008: 769). Contextualizarea istorică este una din condițiile postulării şi înțelegerii alterității în drept. De asemenea, dreptul comparat înțeles ca analiză a transplantului juridic, are o relevanță deosebită pentru stabilirea măsurii în care diversele sisteme de drept s-au dezvoltat de-a lungul timpului prin intermediul unor împrumuturi de idei, concepte, norme, instituții juridice din alte sisteme de drept (Graziadei, 1999: 531). Nu în ultimul rând, dreptul comparat se poate transforma într-un instrument critic la adresa perspectivelor dogmatice ale istoriografiei juridice naționale asupra istoriei sistemului de drept domestic.

Toate aceste interferențe între dreptul comparat şi istoria dreptului par a fi găsit un ecou instituțional prin înființarea, în 2009, la Valencia, a Societății europene de istorie comparată a dreptului (*European Society for Comparative Legal History*). Foarte activă prin congresele şi revista de specialitate pe care o publică (*Journal of Comparative Legal History*) (Masferrer, 2012), ESCLH poate reprezenta o şansă de întrepătrundere a metodologiilor şi obiectivelor proprii în cadrul unei noi discipline, cu speranța că aceasta nu va reprezenta o sumă a problemelor şi a insuficiențelor metodologice ale disciplinelor-mamă.

§2. Dreptul roman şi dreptul comparat în procesul legitimării din perspectivă istorică a dreptului european[1]

2.1. Necesitatea de a justifica istoric un drept european unificat

UE este astăzi o construcție politică şi economică cu o structură complexă, o prezență reală pe continentul european aflată într-o continuă expansiune teritorială şi instituțională şi bazată pe un pachet de „politici comunitare" axat pe edificarea unui viitor comun al Europei în cele mai variate domenii. Faptul că acest viitor, deşi este principial conturat, lasă loc permanent pentru surprize şi posibile scenarii, face ca recursul la explicații şi justificări de ordin istoric să fie lăsat în plan secundar. Chiar şi cele mai recente lucrări dedicate evoluției construcției europene, cum este cartea lui C. Zorgbibe – *Histoire de l'Union Europeenne,* Editions Albin Michel, Paris, 2005, dedică puține pagini fundamentelor filosofico-politice istorice ale Europei unite şi acordă spații largi viitorului UE. Voința politică actuală

[1] Acest subcapitol are la bază lucrarea noastră *Dreptul roman – fundament al unui drept european unificat? (I),* în Acta Universitatis Lucian Blaga, Seria Jurisprudentia, Bucureşti, Ed. Rosetti, nr. 1-2/2005, pp. 113-117.

manifestată în favoarea construcției Europei unite aruncă, într-o oarecare măsură, într-un con de umbră conexiunea logică cu un trecut menit să reliefeze rădăcinile filosofice şi politice ale UE.

În virtutea unui raport cauzal firesc, voința politică de a construi o nouă ordine socio-economică în Europa a dat expresie unei noi ordini juridice europene (Constantinesco, 1997: 40-41). Juriştii au trebuit să se supună politicienilor, iar naşterea unei economii europene supra-naționale s-a realizat prin intermediul unui drept european supra-național. În momentul în care națiunile europene s-au pronunțat pentru convergența politică şi economică, juriştii au trebuit să descopere şi să lanseze o convergență juridică. Comunitatea economică europeană s-a construit pe bazele unui drept comun european. Crearea unui drept unic european supra-național nu este însă un proces atât de simplu pe cât pare la prima vedere. Convergența juridică europeană trebuie realizată în condițiile în care Europa ce a urmat epocii codificării şi naționalismului juridic cunoaşte sisteme de drept marcate de profunde particularități. Acestea au condus la apariția unor divergențe chiar şi între sistemele de drept aparținătoare familiei juridice romano-germanice, fără a mai discuta despre prăpastia ce desparte familia juridică romano-germanică de cea a *common law*-ului. De aceea, convergența juridică în Europa a devenit o problemă de metodă, de strategie (Merryman şi Clark, 1978: 57-61), un experiment complex ale cărui şanse de reuşită sunt nesigure.

În aceste condiții, dincolo de succesele politice, economice şi chiar juridice concrete repurtate în cadrul UE, s-au pus şi se pun în continuare întrebări cu privire la pertinența construcției juridice europene, cu privire la şansele, metodele şi gradul convergenței diverselor sisteme de drept național din Uniune, precum şi cu privire la fundamentele dreptului unic european. În consecință, poziționată, din punct de vedere politic şi tehnic, între armonizare şi unificare, convergența juridică europeană îşi caută o legitimare care să-i consolideze existența. Deşi utilă acestui scop, prezența la nivelul juriştilor europeni a sentimentului existenței unui drept european (David, 1982: 101) necesită să fie ea însăşi acoperită cu justificări. Obsesia justificării succesului strategiilor convergenței juridice europene a dat naştere unui adevărat apetit pentru „filosofii ale convergenței" (Merryman, Clark, 1978: 52-57; de Cruz, 1995: 486-487). În cadrul acestora, explorarea trecutului juridic al continentului european s-a dovedit a fi încă o dată benefică, iar apelul la tradiție făcut de istoricii dreptului a oferit şansa comparatiştilor dreptului să propună un fundament istoric al dreptului unic european (Schulze, 1992: 270-295; Halperin, 2000: 718-722).

2.2. Dreptul roman – o posibilă soluţie?

În căutarea unui fundament istoric pentru actualul drept unic european şi, în special, pentru un drept privat european, istoricii dreptului s-au oprit asupra dreptului roman. Pe de o parte, acesta ar putea fi recuperat, fie sub forma lui *ius gentium*, fie sub forma lui *ius commune*, ca model (Jackson, 1993: 8) de drept uniform aplicat în epoca Imperiului roman, respectiv în epoca Evului Mediu european. Pe de altă parte, dreptul roman, prin principiile, instituțiile şi conceptele sale preluate de diversele coduri civile europene, ar putea constitui „miezul comun" al unui viitor cod civil european.

Crearea dreptului unificat european contemporan asemenea unui *Ius Commune Europaeum* preluat după modelul lui *ius commune* al Europei medievale ridică semne de întrebare şi controverse asupra naturii lui *ius commune*, asupra aplicabilității sale şi ariei sale de aplicare. Evaluarea acestui „drept învățat" – creat în universitățile Evului Mediu european prin interpretarea în limba latină a dreptului roman re-descoperit în *Corpus Iuris Civilis* al lui Iustinian – ca un drept gândit în acelaşi fel, aplicat primordial pretutindeni în instanțele Europei occidentale a epocii şi ca un posibil model de drept supra-național în UE a fost întâmpinată cu acuzații de reducționism, mitizare, romantism exagerat şi idealizare bazată pe nostalgia juristului tradiției romano-germanice (Legrand, 1995: 66; Halperin, 2000: 725-726). Fără a se pune problema revitalizării lui în actuala Uniune Europeană, *ius commune* nu poate constitui astăzi nici măcar un model de drept rațional şi pozitiv supra-național pentru dreptul uniform european din mai multe motive:

a. *Ius commune* nu a reprezentat un sistem de drept comun Europei occidentale în Evul Mediu. Vaste teritorii ale nordului Europei, precum şi Anglia au rămas în afara influenței „dreptului învățat" (van der Bergh, 1992: 598-600). Actualul drept european doreşte să se aplice la nivelul întregului teritoriu al UE;

b. *Ius commune,* acolo unde a fost aplicat, nu a reprezentat un sistem de drept omogen şi complet. El a fost aplicat în mod diferențiat de la o instanță la alta, conferindu-i-se interpretări diferite, şi, cel mai adesea, a fost aplicat ca un drept subsidiar menit să umple golurile constatate în cutumele locale (Halperin, 2000: 727). Actualul drept european urmăreşte să se impună ca o ordine juridică uniformă (sau cel puțin armonizată) care să reglementeze primordial raporturi sociale tot mai diverse. Pe de altă parte, la fel ca în cazul lui *ius commune*, aplicarea dreptului european în cadrul fiecărei țări membre a UE poate da naştere unor interpretări diferite;

c. *Ius commune,* ca drept pozitiv, nu a reprezentat un drept supra-național, ci o parte constitutivă a fiecărei ordini juridice în parte (*idem*). Dreptul

european doreşte să se constituie ca un drept supra-național, situat deasupra sistemelor de drept naționale ale statelor componente ale UE;

d. *Ius commune* a fost, de regulă, preluat de către instanțele vremii datorită superiorității sale față de dreptul cutumiar (Stein, 2004: 155). El a fost rareori promulgat ca legislație de către deținătorii puterii publice, iar aplicarea sa nu a fost asigurată de forța coercitivă a statului, ci mai curând de alte surse de putere – cum a fost autoritatea dreptului canonic (Jackson, 1993: 23). Dreptul european este promulgat ca legislație – cu tendințe spre codificare – (Legrand, 1995: 67-68) de către forurile europene competente, iar mecanismele aplicării sale sunt reglementate şi asigurate de comun acord de către statele componente ale Uniunii;

e. O eventuală revitalizare a modelului propus de *ius commune* nu soluționează problema divergenței dintre familia juridică romano-germanică şi cea a *common law*-ului. În condițiile în care dreptul roman interpretat în universitățile Evului Mediu european nu a pătruns în practica instanțelor regale engleze, se ridică semne de întrebare asupra posibilității de a reconcilia cele două tradiții juridice (*idem*: 66). Chiar dacă autori ca germanul R. Zimmermann (Zimmermann, 1990: 561) scot în evidență faptul că modul în care instanțele continentale au aplicat şi dezvoltat *ius commune* seamănă cu sistemul cazuistic, jurisprudențial al instanțelor britanice *(iurisprudentia forensis)*, acest lucru nu soluționează diferențele majore de mentalitate juridică izvorâte din faptul că unii s-au raportat la dreptul roman, iar ceilalți nu;

f. *Ius commune* medieval poate fi circumscris unei arii cultural-juridice dominate de dreptul roman „învățat" în universități şi de dreptul canonic al bisericii catolice, ambele exprimate în limba latină. Acestui spațiu spiritual comun i-a corespuns un altul în Europa sud-estică, manifestat (şi) în istoria cultural-juridică a unor țări membre ale UE – Grecia, România, Bulgaria –, dar care a avut la bază un drept roman preluat şi prelucrat prin filieră bizantină, în limbile greacă şi slavonă, în cadrul Bisericii Ortodoxe. Este dificil şi inutil, de aceea, să se vorbească despre o legitimare a dreptului comunitar doar pe bazele lui *ius commune* apusean, ignorându-se acel *ius commune* estic de inspirație bizantină.

Având în vedere toate cele expuse, apelul justificativ, fondator, la *ius commune* şi la tradiția dreptului roman pare lipsit de utilitate şi ar putea face, într-adevăr, doar obiectul unui demers ştiințific abstract şi obsesiv care nu ține cont de evoluția concretă a dreptului şi societății în Evul Mediu european şi în secolele următoare. Pe de altă parte, în ciuda faptului că *ius commune* ca sistem normativ a „murit" şi nu mai poate fi revitalizat, el mai poate reprezenta astăzi un reper pentru dreptul european, dacă nu la nivelul dreptului pozitiv, cel puțin la nivelul ştiinței juridice. *Ius commune* şi-a dobândit extraordinarul prestigiu şi impact pe întreg continentul euro-

pean, inclusiv în Anglia, datorită caracterului său de „drept învățat". Dacă o cultură juridică europeană nu s-a putut dezvolta, la nivelul practicienilor dreptului, în întreaga Europă datorită impermeabilității sistemului de drept englez la dreptul învățat roman, rolul jucat de universități în promovarea dreptului roman a creat în Evul Mediu o educație juridică răspândită la nivel european. *Ius commune* ca știință a dreptului studiată de la Bologna la Upsalla și de la Oxford la Cracovia a conferit Europei identitate și unitate în plan juridic, de-a lungul a mai bine de trei secole. Drept creat exclusiv de către legiuitor, dreptului actual european îi lipsește o conștiință a identității gândirii juridice și culturale. Dezvoltarea unei educații juridice comune la nivel european, după modelul celei propuse în trecut de către *ius commune*, ar putea permite dublarea unității de drept pozitiv cu o mult dorită unitate a mentalității juridice. În cadrul acestei educații juridice comune, un rol esențial îl vor juca, inevitabil, istoria comparată a dreptului european și dreptul comparat ca acelea ce pot revela cel mai bine zestrea juridico-culturală comună a Europei.

Dincolo de impactul pe care poate să îl aibă în cadrul lui *ius commune*, dreptul roman poate fundamenta astăzi un drept civil comun european datorită supraviețuirii sale și dincolo de epoca modernă a codificărilor. Deși dreptul roman, așa cum a fost el aplicat în cadrul societății romane, nu se mai aplică, el a supraviețuit prin principiile și conceptele sale în codificări, limbaj, practică juridică și procedură, în ideea contemporană asupra dreptului, în structura lucrărilor juridice și în facultățile de drept (van der Bergh, 1992: 600-601). Principii ale gândirii juridice romane ca: dreptul stă la baza societății umane civilizate, accentul pus pe procesul judiciar ca procedură organizată în care conținutul dreptului este clar evidențiat prin aplicarea sa la un caz particular și valoarea deosebită acordată în societate dreptului și ordinii juridice pot fi urmărite de-a lungul întregii istorii a dreptului și gândirii juridice europene până astăzi (Stromholm, 2002).

2.3. Drept comparat și istorie juridică în România contemporană

Dacă cineva mai speră la o renaștere a studiilor de istoria dreptului în România contemporană, dreptul comparat poate oferi contextul metodologic necesar succesului unui asemenea demers. Doctrina românească actuală de istoria dreptului românesc este, mai curând, concentrată pe o abordare pozitivistă reducționistă, care evaluează simplu istoria dreptului românesc ca pe o acumulare temporală de norme juridice și instituții juridice. Această abordare pur textuală este auto-suficientă, ignorând actualele provocări provenite din partea mișcărilor de idei numite dreptul în context și dreptul în acțiune. Mai mult, exegeza istorico-legală se bazează pe o

perspectivă îngustă, concentrându-se exclusiv pe evoluțiile interne ale sistemului de drept românesc, în ciuda faptului că aproape marea majoritate a dreptului românesc modern a fost masiv importată din Vestul Europei în secolul al XIX-lea. Atunci când este abordată, problema transplantului juridic este analizată cu prioritate descriptiv, mai puțin explicativ, evidențiind sursele externe ale dreptului românesc aproape statistic. Prin urmare, rara perspectivă comparativă asupra istoriei transplantului juridic în dreptul românesc reprezintă o trecere în revistă a ceea ce a fost importat din surse externe şi a ceea ce nu a fost (Telman-Timon, 1946).

Având toate acestea în vedere, nu este de mirare că apelul la istoria dreptului este adesea retoric iar perspectiva comparativă este un lux ştiințific. Acest lucru se întâmplă, deşi textele juridice însele cheamă la analiză istoric-comparativă. Ilustrativ pentru această situație este modul în care doctrina juridică abordează art. 1 alin. (3) din Constituția României din 1991 (modificată în 2003), care face referire la „tradițiile democratice ale poporului român". Chiar dacă această perspectivă ar fi acceptată ca având valoare normativă (Dănişor, Dogaru, Dănişor, 2008: 477 şi urm.), ea este aproape în întregime ignorată de doctrina pozitivistă de drept constituțional din România. Cu mici excepții, nu există eforturi ştiințifice menite să clarifice conținutul sintagmei „tradiții democratice". Dacă o interpretare istorică a valorilor constituționale este realmente avută în vedere, ar trebui să aibă loc o profundă clarificare a trecutului constituțional românesc. Pentru o dezbatere fructuoasă asupra identității constituționale româneşti, trecutul constituțional românesc trebuie discutat în termeni de cultură constituțională. Acest lucru trebuie luat în considerare pentru un motiv simplu: tot ceea ce reglementează art. 1 alin. (3) nu e altceva decât o expresie a identității politico-juridice româneşti, implicit recunoaşterea unei culturi constituționale româneşti. Tradițiile constituționale/democratice româneşti înțelese prin prisma culturii constituționale, implicând idei, idealuri, înțelesuri, mentalități sau practici constituționale şi nu doar text constituțional, pot oferi un înțeles mai profund a ceea ce înseamnă **sinele constituțional românesc**. În acest context, apelul la perspectiva comparativă este mai mult decât pertinentă. Luând în considerare masivul import constituțional care a avut loc în trecutul constituțional românesc, particularitățile procesului românesc de adaptare a dreptului importat, continua paralelă făcută în trecut de elita politică românească între dreptul constituțional viu din România şi cel aparținând diverselor țări vest-europene, o analiză comparativă ar fi necesară. Această abordare nu ar fi doar o înregistrare a modelelor constituționale, ci o şansă de a înțelege prin „imersiune culturală", acasă şi peste hotare, ceea ce românii au, sunt şi ar putea fi din perspectiva culturii constituționale. Această abordare ar putea scoate în evidență măsura reală în care am putea vorbi despre „tradiții

democratice" în trecutul constituțional şi politic românesc şi ar putea oferi un înțeles real oricărei dezbateri despre identitate juridică/constituțională în România contemporană.

Un alt subiect interesant pentru istoricii români ai dreptului şi specialiştii în drept comparat ar putea fi eforturile ştiințifice realizate la nivel european pentru a recupera o bază istorică unică pentru procesul prezent al integrării juridice ce are loc la nivelul UE. *Novum ius commune europaeum* poate fi, din perspectivă românească, mai curând o oportunitate excelentă pentru auto-introspecție şi diferențiere decât o acceptare a unei aderări necritice la corul european al susținătorilor rădăcinilor istorice comune ale dreptului (privat) european. Analizat la nivel general european, demersul de a descoperi dreptului privat european rădăcini comune în vest-europeanul *ius commune* poate ridica, dincolo de problema oportunității, o întrebare referitoare la sustenabilitatea sa. Dacă un acord privind prezența unui *ius commune* în Vestul Europei, în epoca pre-modernă, poate fi obținut, rămâne de clarificat problema dreptului aplicat în Estul Europei în aceeaşi perioadă. *De facto*, dreptul românesc a fost, înainte de secolul al XVIII-lea, o parte a comunității dreptului bizantin răspândit şi scris în vechea limbă slavonă. Chiar dacă pot fi descoperite rădăcini comune dreptului privat european vestic şi estic în dreptul roman, influența acestuia din urmă asupra celor două părți ale Europei a fost exercitată în contexte culturale şi lingvistice diferite (limbile latină şi slavonă), cu diferite mijloace şi scopuri. E suficient să spunem că, spre deosebire de romano-canonicul *ius commune* ce s-a răspândit în Vestul Europei datorită remarcabilei efervescențe intelectuale ce a avut loc în universități, dreptul bizantin s-a răspândit în Țările Române, în absența universităților, datorită efervescenței spirituale prezente în mănăstirile ortodoxe. Ca urmare, pot fi determinate diferite înțelesuri referitoare la rolul acestui drept (importat) în societate, diferite atitudini juridice ale elitei politice într-un context marcat de complet diferite raporturi între statul medieval românesc şi Biserica Ortodoxă (spre deosebire de raporturile dintre stat si biserică în Vestul Europei). Mai mult, chiar dacă România a importat în 1864 Codul civil francez de la 1804, modul în care el a fost aplicat în societatea românească nu ar putea să ne permită atât de uşor să vorbim despre o captare a culturii juridice româneşti de către cultura juridică franceză sau cultura juridică vest-europeană. Prin urmare, o analiză comparativă ar trebui să asume sarcina de a clarifica avatarurile multiculturalismului juridic şi pluralismului juridic atunci când dezbate problema lui *vetus et novum ius commune europaeum*. Pentru moment, problema este discutată doar de către doctrina juridică vestică, dintr-o perspectivă centrată pe cultura vest-europeană ce ignoră orice evoluții istorico-juridice specifice în estul Europei.

Nu în cele din urmă, o perspectivă comparativă în istoria dreptului românesc ar putea clarifica impactul ce l-a avut codificarea juridică prin import masiv din Vestul Europei (în special din dreptul francez) asupra reformei socio-juridice în România modernă. Abordarea transplantului juridic ca inginerie socio-culturală în România secolului al XIX-lea ar putea fi o oportunitate de a înțelege mai bine suprapunerea culturilor juridice bizantină și vest-europeană în procesul de conturare a culturii juridice românești moderne. În același timp, o perspectivă comparativă asupra istoriei dreptului ar putea ajuta la o mai bună înțelegere a ceea ce am numit „tradiția românească a adaptării originale a dreptului importat" (Guțan, 2008) prin așezarea ei în termeni de mixaj cultural-juridic și fertilizare încrucișată. Acest lucru ar putea evita completa confuzie dintre identitatea juridică și originalitatea juridică programatică și ar încuraja o corectă recunoaștere a faptului că identitatea cultural juridică nu înseamnă, în mod necesar, o ecuație unde o cultură națională încremenită este în mod perpetuu egală cu sine.

Secțiunea a 4-a. Etnologia juridică

În viziunea autorilor Zweigert și Kötz, etnologia juridică reprezintă, inițial, o ramură a etnologiei și a dreptului comparat ce se concentrează asupra aspectelor legale ale societăților primitive. Această disciplină este istorică numai în încercarea de a descoperi originile și etapele timpurii ale dreptului în raport cu anumite fenomene culturale. Sarcina etnologiei juridice moderne este de a studia schimbările suferite de societățile deja observate în modul cum fac față pătrunderii civilizației moderne. Astfel, pe o largă scară, etnologia juridică a devenit o ramură a dreptului comparat modern, una dintre sarcinile ei cele mai importante fiind aceea de a oferi sistemelor de drept ale societăților dezvoltate rezultatele cercetărilor sale comparative.

Secțiunea a 5-a. Sociologia juridică

Deși, la prima vedere, par a se confunda (Rheinstein), sociologia dreptului și dreptul comparat au atât puncte comune, cât și numeroase aspecte care le despart. Sociologia dreptului tinde să descopere relațiile cauzale între drept și societate (Zweigert & Kötz, 1998: 10), adică să cerceteze măsura în care dreptul determină comportamentul oamenilor și locul pe care aceștia i-l rezervă ca factor de ordine socială (David & Jauffret-Spinosi, 1992: 10). Sociologia dreptului caută să descopere modele din care se poate deduce dacă și în ce circumstanțe dreptul afectează comportamentul uman și, invers, să reveleze modul cum dreptul este afectat de schimbările

sociale indiferent că sunt de natură politică, economică, psihologică sau demografică (Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, 1978: 48). În acest demers, folosirea metodei comparative poate fi de un real suport.

Comparatistul dreptului poate folosi şi e indicat să folosească tipul de abordare sociologic. În cadrul acestui demers, el trebuie să se folosească de datele produse de sociologia dreptului, deoarece raporturile reciproce dintre drept şi contextul său social sunt multiple şi prea strânse pentru ca dreptul comparat să se reducă la o simplă comparare de articole de lege. În cadrul acestei abordări teoretice, sociologia dreptului îl poate ajuta pe comparatist să descopere modul cum normele unor sisteme de drept străine funcționează în realitate în respectivele țări, dacă anumite norme sunt sau nu comparabile, să explice diferențele şi asemănările dintre sistemele de drept, precum şi să evalueze comparativ diversele soluții legale naționale (Bogdan, 1994: 39). Sociologia juridică descoperă cauzele şi consecințele sociale ale normei juridice, luate ca termeni de comparat în scopul unei mai bune înțelegeri a normei juridice. Ea devine, prin aceasta, o componentă a metodei comparative (Constantinesco, 1998: 242).

Cu toată această interdependență, dreptul comparat are obiect şi obiective diferite de ale sociologiei juridice (Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, 1978: 52). O diferență relevantă rezidă în faptul că sociologia dreptului este interesată de spațiul juridic național, pe când dreptul comparat de spațiul juridic internațional (Carbonnier, 1972: 1976). Pe de altă parte, pe când sociologia juridică se ocupă de drept luat ca factor social, de realitatea socială a dreptului (G. Gurvitch) – şi e normal să întâmple acest lucru, deoarece dreptul este un produs al vieții sociale –, dreptul comparat se ocupă de normativitatea dreptului (Constantinesco, 1997: 241). Prin urmare, pentru dreptul comparat clasic, sociologia dreptului şi compararea juridică erau separate de o înțelegere pozitivistă a dreptului, de interesul comparării juridice pentru dreptul ca normă, pentru dreptul din textul de lege. De exemplu, pe când dreptul este preocupat de instituția divorțului în dreptul englez şi german, aşa cum este el reglementat de legi şi reflectat în hotărârile judecătoreşti, sociologia dreptului este interesată de divorțuri, aşa cum sunt ele percepute de soți, familie şi de opinia publică (Carbonnier, 1972: 79). În forma sa teoretic-descriptivă, rolul său este să arate cum şi de ce anumite sisteme de drept sau componente ale acestora sunt diferite ori asemenea. Obiectul său de studiu este dreptul ca atare. În forma sa practică sau aplicată, menirea sa este de a sugera modul cum o problemă anume poate fi rezolvată în mod eficient în anumite circumstanțe economice şi sociale: *e.g.* cum poate fi dreptul pozitiv modificat într-o anume privință, cum poate fi acoperită o anume lipsă, ce anume norme pot fi adoptate într-un drept internațional uniform. În asemenea cazuri, comparatistul poate utiliza

anumite premise şi teorii pe care sociologul dreptului riscă să le găsească străine de domeniul său (Zweigert & Kötz, 1998: 11). În acest sens, în timp ce comparatistul poate fi interesat de modul în care dreptul circulă dintr-un sistem de drept în altul, sociologul dreptului poate cel mult constata că între drept şi mediul său social există o legătură strânsă care face de neînţeles transplantul juridic. În acest caz, juristul va recurge la criterii de politică juridică, ne spune Constantinescu, şi nu la criterii sociologice, fără ca prin aceasta să se renunţe la cunoştinţele dobândite prin analizele sociologice (Constantinesco, 1998: 396). Rezultă de aici că pentru dreptul comparat clasic perpectiva sociologică era necesară abordării comparative, dar compararea juridică presupune un tip de abordare care excede preocupările sociologiei dreptului.

Gradul de apropiere între cele două discipline depinde de perspectiva pe care comparatistul o are asupra dreptului. Evident, o perspectivă strict pozitivistă îl va îndepărta pe comparatist de orice perspectivă sociologică (Reimann, 2012: 26). Sociologia dreptului şi dreptul comparat s-au apropiat însă considerabil în ultimii ani, ca urmare a faptului că în dreptul comparat s-au dezvoltat teme de analiză care au implicat iremediabil teoria socială, *i.e.* problema culturilor profesionale în practica juridică a diverselor jurisdicţii, analiza empirică a consecinţelor diverselor proiecte de dezvoltare juridică sau de armonizare a dreptului, efectele naţionale şi locale ale globalizării juridice, problema pluralismului juridic (drept statal *versus* drept non-statal), modalităţile şi efectele transplantului juridic, explicarea dreptului prin prisma culturii (Riles, 2008: 789-799; Cotterrell, 2003: 152). Perspectiva critică, postmodernă, în dreptul comparat urmăreşte, cu precădere, să demonstreze că descoperirea alterităţii în drept se realizează prin depăşirea interfeţei vizibile formate din legi, instituţii, norme şi texte juridice şi înţelegerea dreptului în contextul său social. Sociologia dreptului poate oferi expertiza empirică necesară pentru a verifica, de exemplu, măsura în care dreptul importat se bucură de o relativă autonomie faţă de societate ori măsura în care sistemul juridic, înţeles ca sistem autopoietic (auto-referenţial), se poate manifesta cu adevărat ca un sistem închis (Cotterrell, 2003: 147). Abordarea contextualizată a dreptului în dreptul comparat depăşeşte, prin urmare, dihotomia clasică dintre dreptul din text şi dreptul situat în contextul său social, făcând din dreptul aşezat în context nu doar obiectul său de studiu preferat, dar şi sediul unic al cunoaşterii şi înţelegerii complexe a dreptului prin compararea juridică. Prin urmare, dreptul comparat contemporan ar spune că înţelesul real al divorţului în Anglia şi Germania nu este redat de instituţia juridică aşa cum este ea reglementată de lege, ci chiar de către modul în care soţii, familia şi societatea engleză/germană în ansamblu înţeleg această instituţie. În ceea ce priveşte perspectiva culturalistă, sociologia

dreptului poate contribui la stabilirea măsurii în care culturile juridice sunt într-adevăr sisteme închise profund unitare, coerente şi impenetrabile ori sisteme deschise, aflate într-un continuu schimb de informații cu alte culturi juridice şi, prin urmare, într-o continuă transformare.

În condițiile în care comparatiştii contemporani ai dreptului sunt profund interesați de contextul socio-cultural al dreptului, cea mai utilă contribuție a sociologiei juridice vine astăzi în materie de rafinare metodologică. Astfel, sociologia dreptului poate clarifica sfera şi conținutul semantic al conceptului de „cultură juridică", stabileşte avantajele, dezavantajele, modul şi limitele utilizării acestuia în dreptul comparat; preluând perspective metodologice proprii antropologiei juridice, sociologia juridică poate familiariza dreptul comparat cu analiza profundă, empatică, „dinăuntru" a culturilor juridice străine; de asemenea, sociologia juridică poate învăța comparatiştii dreptului cum să compare date şi considerații subiective produse în diverse contexte culturale (Cotterel, 2011: 9-11).

Secțiunea a 6-a. Antropologia juridică

Dreptul comparat şi antropologia juridică sunt unite de obiectul lor general de studiu: ambele sunt interesate de compararea normelor juridice, a instituțiilor şi a practicilor pentru a scoate în evidență asemănări şi concluzii (Reimann, 2012: 29). Diferențele nu sunt însă neglijabile: dreptul comparat (clasic) are în vedere aspectul normativ al dreptului, pe când antropologia juridică urmăreşte cu prioritate rădăcinile culturale ale acestuia; dreptul comparat este interesat de dreptul societăților contemporane, avansate, pe când antropologia juridică are în vedere tradițiile societăților primare; dreptul comparat este interesat cu prioritate de dreptul pozitiv, pe când antropologia juridică are adesea în vedere dreptul neoficial/nestatal; din punct de vedere metodologic, dreptul comparat poate produce cunoaştere fără o abordare empirică, pe când antropologia juridică nu este de conceput fără muncă de teren.

Interacțiunea dintre cele două discipline este şi ea relevantă. Dreptul comparat pune la dispoziția antropologiei juridice informații tehnice legate de mecanismele intime ale dinamicii dreptului, în timp ce antropologia juridică scoate în evidență în ce măsură dreptul creat de om este înrădăcinat în contexte sociale specifice şi în ce măsură aceste contexte presupun percepții diferite ale realităților şi problemelor sociale (Reimann, 2012: 30).

Secțiunea a 7-a. Dreptul comparat și limba/limbajul juridic

Problema limbii/limbilor străine a existat încă din zorii epocii moderne a dreptului comparat, moment în care dreptul național s-a exprimat pe deplin prin intermediul limbii naționale. Relativa unitate lingvistică premodernă a dreptului, bazată pe utilizarea exclusivă a limbii latine, în Vestul Europei, și a limbii slavone, în Est, a fost înlocuită cu o pluralitate și diversitate lingvistică remarcabilă. Comparatiștii dreptului au fost, de la bun început, conștienți de existența acestei bariere lingvistice între sistemele de drept naționale. Cum, pentru a ajunge la normele, instituțiile și conținutul diverselor sisteme de drept naționale, era necesar să se treacă peste obstacolul lingvistic, comparatiștii au trebuit să soluționeze această problemă. De regulă, pentru reprezentanții dreptului comparat clasic, limba străină și limbajul juridic au fost doar o simplă carapace ce trebuia străpunsă pentru a accede la ceea ce însemna drept. Ca urmare, ei au considerat că o foarte bună cunoaștere a limbii sistemului de drept străin este o precondiție suficientă pentru a desfășura cercetarea comparativă propriu-zisă. Comparatistul trebuie doar să traducă cuvintele și conceptele sistemului de drept străin pentru a se concentra asupra substanței și procesualității dreptului.

Lucrurile s-au complicat însă în condițiile lansării dreptului comparat critic, postmodern. Pentru acesta, limba/limbajul juridic nu reprezintă doar un simplu ambalaj lipsit de relevanță pentru analiza comparativ-juridică propriu-zisă, ci, dimpotrivă, reprezintă parte a acesteia sau chiar obiectul acesteia. Pentru cei care leagă strâns dreptul de patul cultural în care se naște și se dezvoltă, limbajul juridic reprezintă, ca și dreptul propriu-zis, o expresie culturală specifică unei anumite societăți. Ca atare, el este purtătorul unui anumit mod de a înțelege și exprima dreptul. În aceste condiții, analiza comparativă se complică, hermeneutica și epistemologia dreptului comparat trebuind să dea seama de relația intimă dintre cultură, drept și limbaj pentru a putea evalua cu seriozitate științifică posibilitatea și limitele cunoașterii alterității în drept.

În acest scop, dreptul comparat postmodern apelează cu conștiinciozitate la problematica și soluțiile pe care lingvistica comparată și semiotica i le pot pune la dispoziție. În centrul atenției stă procesul de **traducere juridică**, demers de care depinde întregul succes al cercetării comparativ-juridice. Traducerea juridică nu reprezintă un simplu proces de echivalare conceptuală între două sau mai multe limbi/limbaje juridice și nici măcar un simplu proces de echivalare semantică. Mai multe probleme se ridică aici: cum este capabil comparatistul să ajungă la înțelesul profund al unui limbaj juridic străin și cât anume din acesta îi este realmente accesibil? Conside-

rând că un comparatist nu are posibilitatea, din cauza propriilor determinări culturale, să cunoască deplin înțelesul din spatele limbajului juridic străin, se pune întrebarea cât anume din ceea ce înțelege reprezintă înțelesul străin şi cât anume din ceea ce dobândeşte în procesul de traducere este propria interpretare. Cu alte cuvinte, cât anume adaugă comparatistul la înțelesul obținut în urma traducerii?

Problemele sunt foarte delicate şi dificil de soluționat. Pentru a facilita un răspuns, în literatura de specialitate se fac distincții între traducerea unui concept juridic, traducerea şi redarea unui anume stil juridic şi traducerea şi captarea valorilor culturale profunde dintr-o anume societate care dau înțeles conceptelor juridice (Pozzo, 2012: 95). În ceea ce priveşte conceptele, identificarea înțelesului acestora prin traducere nu este un demers simplu, având în vedere că acesta este rezultatul unei stratificări semantice produse de-a lungul timpului. De exemplu, nu este deloc simplu şi suficient a traduce germanul *Eigentum* prin *propriété*, *propriety* sau *proprietà*. La nemți, conceptul are semnificații diferite când este utilizat în dreptul public sau privat, aceste semnificații nefiind regăsite în germana juridică vorbită în Austria sau Elveția (unde se utilizează tot *Eigentum*) şi, cu atât mai puțin, în limbajul juridic francez, englez sau italian (*idem*: 96). În acelaşi timp, conceptele juridice, chiar cele foarte asemănătoare fonetic, demarcă diverse instituții şi raporturi juridice, în funcție de contextul juridic în care sunt utilizate. Astfel, conceptul de contract delimitează instituția căsătoriei în Franța, dar nu şi în Italia, Germania sau Anglia. În Germania şi Italia, el delimitează instituția donației, dar nu şi în Anglia. De aceea, simpla traducere formală, pe baze fonetice sau nu, poate conduce la distorsionarea sau pierderea înțelesului conceptului juridic străin (*idem*: 97). Acestor aspecte li se adaugă şi încărcătura semantică pe care o aduc doctrinarii în procesul de interpretare a respectivelor concepte juridice, încărcătură profund determinată de acumulările istorice ale culturii juridice respective.

De o şi mai mare complexitate este problema captării prin intermediul traducerii a stilului propriu unei culturi juridice. Pe când unii susțin că obținerea cât de cât corectă a înțelesului conceptelor este mai importantă decât redarea stilului propriu raționamentului juridic, alții susțin că stilul îşi are rolul său bine definit în captarea specificului unei anumite culturi juridice (*idem*: 103). Nu în ultimul rând, descoperirea valorilor ultime şi profunde care dau consistență culturală dreptului ar trebui să fie şi ele surprinse în procesul de traducere, pentru o cât mai corectă înțelegere a acestuia. De exemplu, traducerea conceptelor, a normelor şi a instituțiilor care reglementează recăsătorirea văduvei în dreptul indian este lipsită de relevanță dacă nu se înțeleg resorturile culturale profunde ale instituției, inclusiv valorile pe care dreptul indian tradițional le atașează cuvântului „văduvă" (*idem*: 104).

Toate aceste aspecte au fost abordate cu atitudini ce au variat între un optimism necritic, prudență și diverse grade de scepticism, mergându-se până la a acredita imposibilitatea de a traduce fidel înțelesul cultural al unui limbaj juridic străin[1]. Prudența a condus, de regulă, la evitarea traducerii și folosirea conceptelor originale din sistemul de drept analizat. Cu toate acestea, sunt momente și locuri unde traducerea juridică nu poate fi evitată în procesul de comparare a dreptului. În cadrul UE, multilingvismul obligă autoritățile de la Bruxelles să traducă toate actele normative europene în limbile oficiale ale Uniunii. Acest demers, după cum se va vedea, a ridicat probleme serioase în ceea ce privește acuratețea traducerii juridice realizate[2]. De asemenea, se pot ridica semne de întrebare cu privire la utilizarea limbii engleze ca *lingua franca,* precum și cu privire la capacitatea limbii engleze de a se desprinde de mesajul cultural pe care îl aduce din *common law* și de a deveni o engleză neutră cultural sau interculturală.

Secțiunea a 8-a. Analiza economică a dreptului (Law and Economics)

Dreptul comparat și analiza economică a dreptului au o istorie recentă comună dezvoltată, de mai bine de două decenii, în SUA. Colaborarea lor a dat naștere unei direcții noi de analiză în cadrul dreptului comparat, *i.e.* **drept comparat și economie** (*Comparative law and Economics*) ce are clare și distincte obiective și perspective metodologice. Ea oferă dreptului comparat posibilitatea de a înțelege dreptul în termeni de eficiență, costuri de tranzacție și preferințe ale consumatorului. De asemenea, privind soluțiile juridice existente la nivel global ca pe o piață, analiza economică a dreptului explică de ce sunt alese spre import juridic anumite soluții juridice, explică limitele împrumutului juridic și ale unificării dreptului, precum și de ce legiuitorul alege o anumită soluție atunci când legiferează sau de ce judecătorul dă o anumită soluție când tranșează dispute (Reimann, 2012: 31).

Principalul beneficiu pe care dreptul comparat îl poate aduce și l-a adus analizei economice a dreptului este așezarea acesteia într-o poziție care sa-i permită să înțeleagă faptul că aceleași norme juridice produc efecte diferite în condiții instituționale și procedurale distincte, precum și în condiții socio-culturale diferite (*idem*). Dezbaterea a luat proporții semnificative în SUA, având relevante rezultate atât la nivel microcomparativ (în materie de contracte, *torts*, proprietate, procedură civilă și penală, drept corporativ și guvernanță, insolvență, antitrust și proprietate intelectuală, dreptul muncii și

[1] A se vedea *infra,* Capitolul VII, secțiunea a 7-a.

[2] A se vedea *infra,* Capitolul VI, secțiunea a 2-a, subsecțiunea 2.3.2.

al familiei), precum şi la nivel macrocomparativ-structural (rolul judecătorilor şi al procurorilor, dreptul constituțional, profesiile juridice, educația juridică şi doctrina juridică, familiile juridice şi creşterea economică, convergența sistemelor juridice şi transplantul juridic, conflictul legilor, statul de drept şi procedura legislativă) (Garoupa & Ginsburg, 2012: 57-72).

Secțiunea a 9-a. Dreptul internațional public

Dreptul internațional public reprezintă un corp de drept (de Cruz, 2007: 9) ce guvernează relațiile dintre state şi vizează drepturile şi obligațiile acestora unele față de altele. În schimb, dreptul comparat reprezintă o metodă de a analiza probleme şi instituții aparținând la două sau mai multe sisteme de drept sau de a compara sisteme de drept în sine în scopul de a obține o mai bună înțelegere a acestora. Deci, la prima vedere, nu există nicio legătură între cele două aspecte. Totuşi, comparatiştii au descoperit câteva aspecte în care dreptul comparat poate fi de un real folos dreptului internațional public sau activității diplomatice. Legat de acest din urmă aspect, David arăta că diplomații şi negociatorii tratatelor internaționale trebuie să cunoască şi să înțeleagă civilizațiile şi modul de a gândi al interlocutorilor lor, în scopul de a pregăti cele mai bune argumente pentru a-i convinge pe aceştia. O altă utilitate a dreptului comparat se dezvăluie în demersurile internaționale de strângere a relațiilor economice, politice şi militare între state, în cadrul unor comunități regionale de genul comunității politico-economice şi juridice europene (David & Jauffret-Spinosi, 1992: 7).

Utilitatea dreptului comparat se manifestă, de asemenea, în procesul de pregătire a unor proiecte de tratate internaționale, când dreptul unui anumit număr de state trebuie comparat. Dreptul comparat poate fi, în acelaşi timp, util în procesul de interpretare a tratatelor internaționale, ajutând pe specialişti să înțeleagă unele din conceptele şi instituțiile dreptului internațional cutumiar (Zweigert & Kötz, 1998: 8) sau atunci când juriştilor li se cere să se pronunțe asupra respectării de către o anume țară a obligațiilor sale internaționale (de Cruz, 2007: 25). Cea mai importantă şi mai scoasă în evidență utilitate a dreptului comparat în cadrul dreptului internațional public este rolul esențial pe care îl joacă acesta în descoperirea, înțelegerea şi aplicarea *principiilor generale ale dreptului recunoscute de națiunile civilizate* (Schlesinger, Baade, Herzog, Wise, 1998: 43), care au fost înscrise printre izvoarele dreptului internațional public de către art. 38 pct. 1 lit. c) din Statutul Curții Internaționale de Justiție de la Haga. Dincolo de entuziasmul teoretic al comparatiştilor, se pare că există o relevanță practică foarte redusă a dreptului comparat în ceea ce priveşte descoperirea principiilor generale ale dreptului, interpretarea tratatelor internaționale ori chiar re-

dactarea acestora (Reimann, 2012: 19). Ceva mai multă aplicabilitate are dreptul comparat în interpretarea unor subcategorii speciale ale dreptului internațional public de către curți special create în acest scop, cum ar fi, de exemplu, cazul Convenției europene a drepturilor omului și interpretarea acesteia de către Curtea europeană a drepturilor omului. Aceeași poziție o are Curtea europeană de justiție de la Luxembourg față de prevederile art. 215 al Tratatului de la Roma al CEE, care stabilesc că datoriile necontractuale ale Comunității trebuie guvernate de principiile generale comune drepturilor statelor membre. Acest lucru nu pare a fi foarte simplu dacă avem în vedere problema sistemelor de drept care trebuie alese pentru a fi comparate, precum și problema comparabilității sau a transferabilității conceptelor și a principiilor dreptului privat în cadrul dreptului internațional (de Cruz, 2007: 25-26).

Pentru Reimann, utilitatea practică cea mai relevantă pe care dreptul comparat o poate avea pentru dreptul internațional public o reprezintă plusul de cunoaștere pe care îl poate oferi în materie de descoperire și comparare a culturilor juridice ale lumii. Faptul că se abordează complex modul în care o anumită cultură juridică înțelege diverse tehnici, predilecții și sensibilități care determină modul în care oamenii din diverse părți ale globului gândesc, au așteptări și reacționează la dreptul internațional public are o importanță deosebită pentru proiectele de menținere a păcii, promovarea cooperării internaționale și protecția efectivă a drepturilor omului (Reimann, 2012: 20).

Secțiunea a 10-a. Dreptul internațional privat

La fel ca și în cazul celorlalte discipline juridice, dreptul comparat și dreptul internațional privat se intersectează sub o serie de aspecte, păstrându-și fiecare identitatea de obiect și de scop. Așa cum arată Constantinesco (1997: 387), ambele își datorează existența diversității ordinilor de drept existente în lumea contemporană. Ambele au ca obiect dreptul străin. Diferențele dintre cele două discipline sunt însă mult mai importante.

Dreptul internațional privat reprezintă o ramură a dreptului pozitiv ce stabilește care anume din regulile sistemelor de drept aparținând diverselor state se aplică într-un caz concret având o componentă internațională. De exemplu, în cazul în care un cetățean francez se căsătorește cu un cetățean român pe teritoriul României, trebuie stabilit care legislație se aplică aici: legislația franceză a căsătoriei sau legislația românească? El conține, astfel, reguli de competență ce determină care drept național trebuie aplicat, în anumite cazuri și anumite condiții. Aceste reguli de competență nu sunt stabilite, de regulă, prin reglementări internaționale, ci de către forurile legiuitoare ale fiecărei țări în parte. Dreptul comparat, după cum am stabilit

deja, nu este o ramură de drept a dreptului pozitiv. El este o metodă sau ştiinţă autonomă (după caz) care are obiective teoretice, *i.e.* evidenţierea asemănărilor şi a deosebirilor dintre diversele sisteme de drept sau gruparea acestora în familii juridice, precum şi diverse finalităţi practice, concrete.

Faptul că sunt discipline distincte nu înseamnă că cele două nu se intersectează. Ca metodă, dreptul comparat stă, prin excelenţă (Constantinesco, 1998: 387), la baza dreptului internaţional privat. Acesta se foloseşte de dreptul comparat, în primul rând, pentru a clarifica şi încadra în dreptul naţional concepte şi noţiuni juridice străine, în scopul de a-şi atinge finalitatea: rezolvarea conflictului de calificare. Or, pentru a rezolva problema calificării, trebuie început prin a compara regulile de conflict de legi ale sistemelor de drept implicate. De exemplu, atunci când este vorba despre o instituţie străină, necunoscută de *lex fori*, trebuie verificat dacă aceasta din urmă cunoaşte o instituţie similară sau echivalentă. Această echivalenţă între instituţiile juridice şi noţiunile diverselor sisteme de drept, proces denumit *qualification* sau *characterisation*, se stabileşte prin comparaţie (Zweigert & Kötz, 1998: 6). De asemenea, în momentul în care s-a ajuns să se precizeze sistemul de drept competent, iar acesta este altul decât cel naţional, este necesară abordarea comparativă a interpretării regulilor materiale aplicabile în cauză. Trebuie, astfel, stabilit dacă noţiunile, procedeele sau instituţiile juridice făcând parte din ordinea juridică străină, aplicabilă în cauză, corespund conceptelor şi noţiunilor dreptului naţional. De exemplu, dacă instanţa românească decide că în cazul de mai sus se va aplica dreptul francez al căsătoriei pe teritoriul României, va trebui abordat un demers comparativ care să lămurească noţiunile şi normele specifice dreptului francez. Acest lucru vizează o adaptare juridică a normei juridice străine. Aceeaşi este situaţia şi cu sintagma de „ordine publică", înţeleasă în dreptul internaţional privat ca un ansamblu de principii, chiar nescrise, ce împiedică aplicarea unei legi străine făcute aplicabilă de *lex fori*. Regula de drept material străină aplicabilă în dreptul naţional trebuie să fie comparată cu regula materială naţională echivalentă, înainte de a se şti dacă ea este contrară sau nu ordinii publice (Constantinesco, 1998: 390; Zweigert & Kötz, 1998: 7; Bogdan, 1994, 35-36). La fel, dreptul internaţional privat întoarce serviciile dreptului comparat, oferindu-i o utilitate practică directă, dincolo de percepţia academică, dogmatică, cu care este asociat adesea demersul comparativ în drept.

Dincolo de aceste aspecte de colaborare, între cele două discipline au apărut şi tensiuni. Astfel, în opinia unor jurişti, dreptul comparat are menirea de a elibera dreptul internaţional privat de conceptele din *lex fori* pentru a se realiza concepte autonome şi supranaţionale, capabile să înglobeze instituţiile de drept străine, necunoscute unei ordini de drept date. Alţi au-

tori, mai ales în timpul şi după Congresul de la Paris din 1900, mergând pe ideea funcției universaliste a dreptului comparat, au preconizat crearea unui drept universal, prin unificarea dreptului pe calea convențiilor internaționale. Acest fapt a adus o tensiune între cele două tipuri de logici: cea a dreptului internațional privat, care vizează coordonarea sistemelor de drept prin reguli de conflict ale sistemelor de drept ce desemnează care este legea care prezintă cele mai strânse legături cu situația dată, şi cea a dreptului comparat care căuta unificarea drepturilor sau cel puțin armonizarea lor prin intermediul convențiilor internaționale sau codificării de mari dimensiuni. Realizarea acestui scop al dreptului comparat ar fi însemnat dispariția dreptului internațional privat, fapt privit cu ochi buni de mulți juriști, având în vedere faptul că, de foarte multe ori, regulile de drept conflictuale, reglementate de sistemele de drept naționale, sunt contradictorii.

Fără a renunța la ideea de unificare a dreptului, se consideră însă că dreptul comparat ar trebui să conserve pluralismul juridic şi să-l reflecte într-o asemenea manieră încât să înțeleagă această diversitate în loc să o suprime. Dreptul comparat ar trebui să-şi modifice, în acest context, obiectivul şi să vizeze o armonizare a dreptului, demers integrator care nu se confundă cu unificarea, iar dreptul internațional privat să încerce să repună în discuție obiectivul armoniei internaționale a soluțiilor, în profitul conceptului de internaționalitate parțială (Fauvarque-Cosson, 2000: 797-818; David & Jauffret-Spinosi, 1992: 7-8).

Secțiunea a 11-a. Dreptul transnațional

În contextul globalizării (juridice) contemporane, s-a schimbat fundamental modul în care se înțelege ordinea juridică internațională, precum şi conținutul acesteia. Perspectiva westfaliană a ordinii juridice internaționale dominată de interacțiunea între statele naționale a fost cel puțin completată cu o perspectivă în care ordini juridice de natură diversă, inclusiv de natură nestatală, interacționează complex. De asemenea, dreptul transnațional are în vedere, cu prioritate, studiul ordinilor juridice inter, trans şi supranaționale de genul celor care reglementează comerțul internațional sau drepturile omului şi al ordinilor juridice regionale de genul UE. Ca urmare, se tinde ca discipline ca studiul dreptului străin ori studiul dreptului internațional public sau privat să fie aduse sub umbrela uneia şi aceleiaşi discipline, *i.e.* dreptul transnațional, prin care se înțelege tot acel drept care reglementează acțiuni sau evenimente ce transcend frontierele naționale. Dreptul comparat poate avea şi aici o utilitate specifică, manifestată în cadrul descrierii, explicării şi încercării de a coordona aceste multiple ordini juridice (Reimann, 2012: 20-21).

Secțiunea a 12-a. Concluzii

În urma acestui demers de delimitare a dreptului comparat de alte discipline juridice, a rezultat o situație cel puțin paradoxală: nu doar că nu s-a putut înțelege mai bine ce înseamnă dreptul comparat, dar acesta pare să-şi piardă complet orice fel de identitate ca disciplină distinctă. Evidențierea constantă a rolului pe care compararea juridică îl are în dezvoltarea diverselor discipline juridice pare a da dreptate celor care susțin că dreptul comparat este o simplă metodă pusă în slujba diverselor finalități teoretice şi practice. Orice forțare a unei discipline autonome a dreptului comparat dincolo de interdisciplinaritate pare nu doar artificială (Reimann), dar şi lipsită de succes. Tot ceea ce se poate obține este un drept comparat redus la dimensiunile sale clasice pur pozitiviste care hrăneşte dezvoltarea continuă a unor discipline juridice înrudite. Soluția pentru postularea unei discipline sau chiar a unei ştiințe autonome a dreptului comparat vine din atitudinea pragmatică a nord-americanilor: dreptul comparat contemporan nu mai poate fi astăzi conceput dincolo de interdisciplinaritate şi pluridisciplinaritate. Prin urmare, în loc să punem accent pe ceea ce poate să facă dreptul comparat pentru alte discipline juridice, ar fi mai util să ne întrebăm ce pot face celelalte discipline pentru dreptul comparat. Ca urmare, dreptul comparat are nevoie de istorie, filosofie, sociologie, antropologie, economie etc. pentru a produce cunoaştere, chiar cu riscul de a face muncă de amator, în cazul în care nu se apelează la o echipă pluridisciplinară (Reimann, 2012: 33).

BCU IAŞI / CENTRU

Bibliografie

Bogdan, Michael, *Comparative Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Tano, 1994;

Carbonnier, Jean, *L'apport du droit comparé à la sociologie juridique*, în Revue internationale de droit comparé, vol. 24/1972, pp. 75-87;

Constantinesco, Jean-Leontin, *Tratat de drept comparat. Vol. II: Metoda comparativă,* Ed. All, Bucureşti, 1998;

Cotterrell, Roger, *Comparatists and sociology,* în P. Legrand and R. Munday (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 131-153;

Cotterrell, Roger, *Comparative Sociology of Law (December 13, 2011). COMPARATIVE LAW AND SOCIETY*, David S. Clark, ed., Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2012; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 96/2011. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1971611, pp. 1-26;

David, René, *L'avenir des droits européens: unification et harmonisation,* în Le droit comparé – droits d'hier, droits de demain, Editions Economica, Paris, 1982;

David, René, Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 2002;

Dănişor, Dan Claudiu, Dogaru, Ion, Dănişor, Gheorghe, *Teoria generală a dreptului, ed. 2a*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008;

de Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish Publishing Limited, London, 1995;

de Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, 3d Edition, Routledge-Cavendish, London & New York, 2007;

Ewald, William, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to "Rats"*, în AJCL, vol. 46/1998, pp. 701-707;

Fauvarque-Cosson, B., *Droit comparé et droit international privé: La confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux,* în Revue internationale de droit comparé, Nr. 4/2000, p. 797-818;

Garoupa, Nuno, Ginsburg, Tom, *Economic Analyses and Comparative Law*, în M. Bussani and U. Mattei, The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 57-72;

Gordley, James, *Comparative Law and Legal History*, în M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 753-773;

Graziadei, Michele, *Comparative Law, Legal History and the Holistic Approach to Legal Cultures*, în Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP), 1999, pp. 531-543;

Guțan, Manuel, *Forme pe un alt fond: transplantul juridic comunitar și cultura juridică românească,* în Pandectele Române nr. 5/2008, pp. 17-40;

Halperin, Jean-Louis, *L'approche historique et la problematique du Jus Commune,* în Revue internationale du droit comparé, nr. 4/2000, pp. 718-722;

Hilaire, Jean, *La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et dans la formation du comparatiste*, în Revue internationale de droit comparé, nr. 2/1998, pp. 319-333;

Jackson, Bernard S., *Legal Visions of the New Europe: Ius Gentium, Ius Commune, European Law*, în B.S. Jackson and D. McGoldrick (ed.), Legal Visions of the New Europe, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London-Dordrecht-Boston, 1993, pp. 3-35;

Legrand, Pierre, *Legal Traditions in Western Europe: the limits of commonality*, în R. Jagtenburg, E. Örücü and A. de Roo (ed.), Transfrontier Mobility of Law, Kluwer Law International, Haga, 1995, pp. 63-84;

Lokin, Jan, *Legal History and Comparative Law, a Pair of Bifocals*, în European Journal of Law Reform, vol. 1/2006, pp. 13-27;

Merryman, John H., Clark, David S., *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems,* The Bobbs-Merrill Company, Inc. Publishers, Indianapolis, New York, Charlottesville, Virginia, 1978;

Pazzo, Barbara, *Comparative Law and Language*, în M. Bussani and U. Mattei (ed.), The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 88-113;

Reimann, Mathias, *The End of Comparative Law as an Autonomous Subject*, în Tulane European and Civil Law Forum, vol. 11/1996, pp. 49-72;

Reimann, Mathias, *Comparative Law and Neighbouring Disciplines*, în M. Bussani and U. Mattei (ed.), The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 13-33;

Oteteleşanu, Alexandre, *Les conceptions de M.E. Lambert sur le Droit comparé*, în Recueil d'Etudes en l'Honneur d'Edouard Lambert, vol. I, Sirey, Paris, 1938, pp. 39-46;

Riles, Annelise, *Comparative Law and Socio-Legal Studies*, în M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 775-813;

Schulze, Reiner, *European Legal History – A new field of research in Germany,* în Journal of Legal History, nr. 13/1992, pp. 270-295;

Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Hans Albrecht, *Droit comparé. Theorié générale et Principes,* Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1978;

Stein, Peter, *Le droit romain et l'Europe*, Schulthess Zurich, L.G.D. J. Paris, Bruylant Bruxelles, 2004;

Stromholm, S., *L'Europe et le droit,* PUF, Paris, 2002;

Telman-Timon, Alexandru, *Les influences étrangères sur le droit constitutionnel roumain*, Recueil Sirey/Cugetarea, Paris/Bucureşti, 1946;

van der Bergh, Govaert C.J.J., *Ius commune, a history with a future?,* în B. de Witte and C. Forder (ed.), The common law of Europe and the future of legal education, Kluwer, Deventer, 1992, pp. 593-607;

Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to comparative law*, The University of Georgia Press, Athens and London, 1993;

Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman foundations of the Civilian Tradition,* Cape Town, 1990;

Zweigert, Konrad and Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law,* Clarendon Press, Oxford, 1998.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul VI. De ce avem nevoie de comparare juridică? Funcțiile dreptului comparat

Problema funcțiilor/finalităților comparării juridice a preocupat comunitatea comparatiştilor încă din zorii apariției dreptului comparat ca demers ştiințific elaborat. Efortul de legitimare a determinat chiar o identificare a procesului de definire a acestei noi discipline cu demersul de enunțare şi explicare a rosturilor sale. Nou apărut în peisajul metodologic al analizei juridice, dreptul comparat s-a zbătut să-şi justifice prezența la periferia ştiințelor dreptului. După mai bine de un secol de comparare juridică sistematică, rolul şi locul dreptului comparat în cadrul epistemologiei juridice sunt incontestabile, astfel încât se vorbeşte despre dispariția dreptului comparat ca o disciplină (nu ca cercetare) autonomă prin absorbția lui în analiza juridică didactică (Reimann, 1996) sau despre integrarea perspectivei comparative în toate formele de activitate juridică (Glenn, 2000; 2000-2001).

Având în vedere numeroasele funcții aşezate în sarcina dreptului comparat, de-a lungul timpului, de către comparatişti, a apărut un demers inerent de clasificare. S-a discutat, în general, despre **funcțiile teoretice**, **funcțiile practice** şi **funcțiile didactice** ale dreptului comparat. Funcțiile sunt realmente diverse, mergând de la finalități abstract-academice până la aspecte cât se poate de pragmatice referitoare la practica juridică internă şi internațională. Diversitatea a provenit din faptul că dreptul comparat nu a rămas legat de cele câteva finalități asumate de participanții Congresului de la Paris din 1900. Dimpotrivă, pe măsură ce dreptul comparat a dobândit o pondere tot mai mare în dimensiunea juridicului, i s-au descoperit tot mai multe finalități. În acelaşi timp, adepții dreptului comparat ca simplă metodă nu au considerat că, în genere, comparatiştii dreptului trebuie să fie legați doar de anumite finalități prestabilite ale comparării juridice. Ca urmare, s-a considerat că fiecare comparatist poate să-şi asume orice fel de finalitate doreşte pentru demersul său comparativ.

Acest aspect nu a adus, din nefericire, doar cuvinte de laudă demersului comparativ-juridic. Pe de o parte, această complexitate şi diversitate a funcțiilor dreptului comparat a condus la dezvoltarea unei perspective profund instrumentaliste asupra comparării juridice (Zoller, 2011: 956). Pe de altă parte, posibilitatea comparatiştilor de a urmări, în acelaşi timp, finalități cât se poate de divergente a condus la delegitimizarea dreptului comparat, acesta fiind acuzat de o lipsă a unui sens clar definit (Demleitner, 1998: 649) sau chiar a fi un simplu „instrument de propagandă":

"Invocarea legislației comparate nu este adesea decât un instrument de propagandă. Statistici fragmentare, izolate, interpretate; o sociologie a turismului; o psihologie prin impresie (...)" (Carbonnier, 1995: 237).

În același timp, s-a constatat că mai sus amintitul instrumentalism se bazează încă pe o perspectivă constructivistă, unde dreptul comparat este cu prioritate pus în slujba construcției statului-națiune și a reformelor dreptului pe plan local (Adams, 2012: 263). Aceste finalități perpetuează un drept comparat ce ignoră, în bună măsură, dinamica dreptului într-o lume globalizată unde sistemele de drept naționale interacționează puternic între ele sau, cum se întâmplă în spațiul european, cu puternice și tot mai „agresive" ordini juridice supra-statale. Ca urmare, fără a renunța la tradiționalele sale finalități, dreptul comparat ar trebui să asume unele noi, adaptate noilor circumstanțe globale. El ar trebui să răspundă unor întrebări complexe, de genul: cum afectează configurarea tradițiilor juridice/culturilor juridice schimbarea societală ce are loc ca urmare a globalizării; cum își adaptează sau conservă acestea identitatea?; cum este dreptul utilizat în relație cu alte culturi și tradiții juridice? (Adams, 2012: 266).

„Lupta" pentru clarificarea finalității/sensului comparării juridice se încadrează și astăzi în interiorul balansului între dreptul comparat considerat ca metodologie și dreptul comparat considerat ca știință. O accentuare pe rolul de simplă metodologie pe care îl poate juca dreptul comparat pare firească celor care așază scopurile comparării juridice dincolo de dreptul comparat. În schimb, aceia pentru care accentuarea valențelor de simplă metodologie nu reprezintă decât o ancorare definitivă a comparării juridice într-o percepție pur instrumentalistă (Legrand, 1995: 264) consideră că dreptul comparat are finalități proprii, care-i consolidează statutul de știință. Pentru dreptul comparat ca știință, compararea juridică, departe de a fi pur instrumentalistă, are în vedere **anumite finalități**, *e.g.* postularea, recunoașterea și înțelegerea, pe cât posibilă, a alterității în drept; înțelegerea mecanismelor și a efectelor transplantul juridic. În principiu, perspectiva critică, postmodernă, în dreptul comparat are în vedere, ca scop final al demersului comparativ, cunoașterea, fără a-și pune problema finalităților practice ale acestui demers. Tocmai de aceea, se discută și despre diferența dintre dreptul comparat ca „știință pură" și dreptul comparat ca „știință juridică auxiliară" (Legeais, 2004: 409).

Având în vedere aceste aspecte, vom aborda în continuare relativ tradiționalele finalități teoretice, practice și pedagogice ale dreptului comparat, cu accent aparte pe chestiunea postulării asemănărilor și/sau a divergențelor, dar vom încerca să răspundem și unor din probleme ridicate de perspectiva globalizării. Într-o lume contemporană în care sistemele de drept naționale sunt aproape forțate să interacționeze, dreptul comparat are

o problemă reală cu tradiționala şi aroganta sa perspectivă eurocentrică şi reducționistă. Într-un context global, dreptul comparat ar trebui, prin urmare, să permită tuturor sistemelor de drept naționale să se exprime. Aceasta presupune o schimbare radicală de paradigmă gnoseologică şi asumarea reală a unui drept comparat ca o „com-parare" (Glenn, 2007). În acelaşi timp, interacțiunea dintre sistemele de drept naționale şi/sau internaționale ridică probleme delicate privind conservarea identității juridice naționale. În aceste condiții, vom încerca să stabilim în ce măsură dreptul comparat poate avea ca finalitate descoperirea, afirmarea şi prezervarea acesteia.

Secțiunea 1. Funcțiile teoretice ale Dreptului comparat

Funcțiile teoretice au ocupat prim-planul taxonomiei, în condițiile în care impactul dreptului comparat asupra practicii juridice a fost, în prima jumătate a secolului al XX-lea, greu de sesizat sau chiar inexistent. Abordarea cu prioritate a funcțiilor teoretice nu are însă legătură doar cu faptul că acestea au fost avute cu prioritate în vedere de către pionierii comparării juridice. Faptul că astăzi se vorbeşte cu mândrie despre faptul că dreptul comparat are (în sfârşit) o aplicabilitate practică nu a determinat o evacuarea în arhive a finalităților teoretice ale acestuia. Dimpotrivă, se discută mai mult ca oricând astăzi despre necesitatea dezbaterii teoretice în dreptul comparat, una care scoate în evidență renunțarea la dreptul comparat ca metodologie şi postulează importanța abordării dreptului comparat ca epistemologie (Samuel, 1998: 827). Ceea ce legitimează dreptul comparat ca abordare autonom-ştiințifică este preocuparea sa de a scoate în evidență modul în care diversele culturi juridice cunosc dreptul, adică acele structuri sau tipare specifice ale gândirii juridice.

§1. Funcţia de cunoaştere

Acceptând ideea lui R. Sacco, conform căreia funcția de cunoaştere este inerentă oricărei ştiințe (Sacco, 1991: 1), fiind, prin urmare, inutilă o postulare expresă a ei ca funcție a comparării juridice, trebuie să accentuăm faptul că dreptul comparat are menirea de a deschide juristului o complexă şi inedită perspectivă asupra fenomenului juridic, în universalitatea sa. În măsura în care sistemele de drept naționale, relativ autarhice, mai reprezintă astăzi o moştenire prezentă a secolelor al XIX-lea şi al XX-lea, dreptul comparat nu face altceva decât să aşeze sistemul nostru de drept acolo unde îi este locul: alături de toate celelalte sisteme de drept naționale. El ne ajută astfel să trecem de la o percepție absolutizantă a sa la una relativizantă. Este

cea mai directă şi sigură cale pentru a înțelege că modul în care dreptul nostru național soluționează anumite aspecte nu este unic şi nici singura alternativă posibilă (Picard, 2000: 161). Atât timp cât juristul național, ne spune Constantinesco, rămâne prizonierul singurei sale lumi juridice, el are înclinația firească de a considera soluțiile ordinii sale juridice ca pe singurele posibile, singurele logice sau singurele valabile. Fără să vrea, el riscă să dea multor soluții sau instituții juridice o valoare absolută pe care ele nu o pot avea în realitate. Aici, metoda comparativă le dă juriştilor naționali lecții de măsură şi de modestie (Constantinesco, 1998: 312).

În înțelesul teoriei clasice a dreptului comparat, funcția de cunoaştere a dreptului comparat viza mai mult ideea de a lua act de alteritatea în drept şi, *per a contrario*, de lipsa de unicitate şi singularitate a sistemului de drept național. Perspectiva este aici una optimistă, postulând ideea capacității de cunoaştere a alterității juridice ca urmare a simplei conştientizări a nevoii şi importanței deschiderii spre alte orizonturi de cunoaştere juridică decât cel național. Dreptul comparat critic accentuează, însă, faptul că ar trebui cu claritate lămurit ce anume înseamnă exact a avea cunoştință de existența celuilalt-în-drept. Ce înseamnă a cunoaşte alte sisteme de drept şi când exact putem spune că am dobândit cu adevărat cunoaştere reală despre alteritatea în drept? Răspunzând în registrul dreptului înțeles în context socio-cultural, al dreptului înțeles prin prisma culturii, cei care sunt adepții dreptului comparat ca postulare continuă a diversității în drept vorbesc despre relativism gnoseologic, despre imposibilitatea comparatistului de a cunoaşte deplin alte sisteme de drept şi culturi juridice[1]. Într-o abordare extremă, s-a susținut chiar că drept comparat reprezintă o „experiență şoc supremă pentru orice jurist pregătit şi condiționat de dreptul său național. El îl aruncă în confuzie, luându-i orice sentimente de securitate bazate pe limbă în ceea ce priveşte înțelegerea lumii. Rezultatul este pierderea controlului" (Grossfeld, 2003: 154-155).

§2. Funcţia de autocunoaştere. Obţinerea unei mai bune înţelegeri a propriului sistem de drept

Studierea unor sisteme de drept străine permite juristului să se distanțeze de propriul său sistem de drept național, având, astfel, posibilitatea să-l privească din afară, într-un mod cu totul nou şi, pe cât posibil, obiectiv. Dreptul comparat ne oferă şansa să descoperim şi să înțelegem mai bine particularitățile sistemului de drept național, să conştientizăm aspectele pozitive şi negative ale acestuia, regulile care pot şi trebuie a fi menținute,

[1] A se vedea *infra,* Capitolul VII, Secțiunea a 7-a.

îmbunătățite sau eliminate. El ne descoperă limitele originalității şi identității, revelând adesea faptul că norme pe care le consideram a fi creație proprie nu sunt altceva decât împrumuturi ori rezultatul unor accidente sau întâmplări (Constantinesco, 1998: 311).

Dreptul comparat poate contribui în mod deosebit la stabilirea limitelor sistemului de drept național în procesul de auto-cunoaştere prin intermediul disciplinelor şi metodelor tradiționale de cunoaştere a dreptului intern. Dreptul comparat ar trebui să-şi releve, în acest context, funcția sa critică, arătând juristului național cât de intens este dogmatismul său juridic, cât de puternice sunt stereotipurile pe care le utilizează ori cât de agresiv este etnocentrismul ce stă la baza viziunii sale. Dreptul comparat delegitimează cunoaşterea dreptului bazată pe credința într-o știință juridică obiectivă. El ar trebui să constituie, aşa cum precizează R. Sacco, o „amenințare" pentru întreaga ştiință juridică ce a fost edificată înaintea apariției comparării înseşi (Sacco, 1991: 38). Cu alte cuvinte, dreptul comparat nu edifică folosind vechi tipare, nu propagă structuri stereotipe de gândire juridică națională, nu confirmă excelența viziunilor interpretative ortodoxe, el are, dimpotrivă, o **funcție subversivă**. Dreptul comparat incită la o atitudine critică față de propriul drept național, provoacă la comparare, la interogații cu privire la alternative, în scopul de a lărgi perspectiva tradițională, la îmbogățirea discursului juridic şi la lupta împotriva uzurilor gândirii sclerozate (Muir-Watt, 2000: 506). În mod special, noul val critic în dreptul comparat, axat pe înțelegerea dreptului prin prisma culturii, ar putea oferi, printr-o analiză contextualizată abordată interdisciplinar, o perspectivă complet diferită asupra propriului sistem de drept național (*idem*: 518).

§3. Elaborarea unei „teorii universale a dreptului"

Demersul comparatiştilor de a renunța la studiul exclusiv al dreptului lor național, conştientizarea relativității propriului sistem de drept şi descoperirea altor tipuri de mentalități juridice, a altor moduri de a înțelege dreptul, a deschis problema posibilității şi utilității elaborării unei teorii generale a dreptului. Neîndoielnic, în măsura în care doresc să se raporteze ştiințific la problematica dreptului, o asemenea teorie ar fi necesară, în condițiile în care ştiința are un caracter universal. Niciun comparatist adevărat nu ar putea concepe posibilitatea construirii unei teorii a dreptului plecând de la un singur drept național. În ultimii 150 de ani, de când discutăm despre naționalism juridic, problema nu s-a pus decât rar în alți termeni. Un anume sistem de drept este legat de o anume națiune, este determinat de anumiți factori culturali, iar o teorie a dreptului, ca disciplină juridică, nu poate pleca decât de la acest tipic național.

Viziunea aceasta nu trebuie însă absolutizată, deoarece în istorie au existat numeroase exemple de cazuri în care teoria generală a dreptului sau teoria anumitor ramuri ale dreptului a fost împărtăşită, mai mult sau mai puţin în scopuri comparative, de doctrinarii mai multor ţări. Mai ales în cazul receptării dreptului, existenţa unei concepţii unitare despre drept sau despre anumite ramuri ale dreptului a fost esenţială în succesul împământenirii dreptului receptat. Cel mai cunoscut exemplu pentru noi, românii, este cel al Codului civil român care a fost rezultatul unei bune cunoaşteri de către juriştii vremii a bagajului conceptual aparţinând acestei ramuri a dreptului. Odată cu spargerea barierelor culturale, economice şi politice, barierele juridice au trebuit să dispară într-o oarecare măsură şi, se pare, cel puţin la nivel regional, dispar din ce în ce mai mult. Acest fapt a creat şi ideea utilităţii creării unei concepţii unice despre drept, grupate într-o teorie generală a dreptului, în baza legăturii necesare ce leagă înţelegerea şi aplicarea dreptul de un anume mod teoretic de a-l concepe. Şi chiar dacă dreptul va rămâne, pentru mult timp de acum încolo, un fenomen naţional şi nu unul universal, cel puţin în dimensiunea teoreticului, o anume deontologie profesională ne impune ca, odată ce am luat cunoştinţă de existenţa altor lumi juridice, să încercăm să renunţăm la sărăcia ideilor noastre, să ne deprovincializăm din punct de vedere ştiinţific şi să dăm dreptului caracterul de ştiinţă universală pe care îl merită (Constantinesco, 1998: 329-330; Picard, 2000: 163).

Aşa cum arăta şi Constantinesco, o asemenea teorie generală a dreptului se poate realiza doar pe baze comparative. Ea ar cuprinde diversele experienţe naţionale comparate, privind noţiunile şi formele de gândire juridică, cunoştinţele şi conceptele juridice, normele şi scara de valori, raporturile normei juridice cu realitatea socială (Constantinesco, 1998: 330). Evident, în măsura în care se doreşte a fi universală, o asemenea abordare comparativă ar trebui realizată de o echipă de specialişti în drept aparţinând cât mai multor familii juridice. Mai rămâne aici de discutat în ce măsură barierele lingvistice şi culturale vor putea fi depăşite pentru ca această ideea să nu mai fie percepută, la prima vedere, ca o utopie. Este clar şi aici că o viziune comună despre drept avem şansa să obţinem practic mai rapid în cadrul marilor familii de drept decât în încercarea de a aduce la un numitor comun tradiţii juridice diferite. Chiar şi aici, orgoliul şi reducţionismul naţional pot constitui încă importante obstacole în atingerea acestui scop (Picard, 2000: 164). Rămâne de văzut în ce măsură, de exemplu, UE va reuşi să ajungă în acest domeniu la un numitor comun.

Pe lângă cele arătate, dreptul comparat poate avea o utilitate importantă şi în încercarea de a stabili o teorie generală a fiecărei ramuri de drept: o teorie generală a dreptului civil, penal, constituţional etc. Şi aici se simte

nevoia depășirii viziunilor particulare, a scoaterii soluțiilor naționale din ghetoul național pentru a le confrunta cu problemele și soluțiile juridice ale altor ordini de drept. Prin comparare se poate conferi fiecărei discipline juridice partea comparativă ce ar permite să se pună mai bine problemele, să fie situate mai bine concepțiile fundamentale și soluțiile comune sau specifice ordinilor juridice naționale în materie (Constantinesco, 1998: 332).

Pentru perspectiva critică, postmodernă, a dreptului comparat, în special pentru mișcarea culturalismului juridic, orice demers de universalizare în drept este neetic, lipsit de substanță și, până la urmă, chiar imposibil. Apreciind pluralismul și diversitatea în drept, respectând alteritatea juridică cu tot ceea ce o face diferită de alte sisteme/culturi juridice, acest tip de abordare nu se sfiește să califice ca terorism (Legrand), imperialism, guvernanță internațională orice demers de uniformizare a modurilor de a înțelege, gândi, conceptualiza și practica dreptul în diversele societăți umane. Orice astfel de demers ar fi o construcție abstractă pur formală, în condițiile în care mentalitatea juridică, tiparele epistemologice sunt profund legate de determinările lor socio-culturale.

Secțiunea a 2-a. Funcțiile practice ale dreptului comparat

Considerate la începutul secolului al XX-lea ca având o aplicabilitate redusă, funcțiile practice ale dreptului comparat au cunoscut o recunoaștere unanimă și o aplicabilitate diversă în a doua jumătate a secolului al XX-lea și la începutul secolului al XXI-lea. Este larg împărtășită ideea că demersul convergenței politico-juridice europene a stat fundamental la baza coborârii dreptului comparat din manualele universitare în lumea practicii juridice. Nu mai puțin este adevărat, însă, faptul că discursul despre funcțiile practice ale dreptului comparat se exercită încă atât la nivelul constatărilor empirice, cât și la nivelul dezideratelor. Este cert că, în ciuda progreselor remarcabile pe care cercetarea și analiza comparativ-juridică le-au făcut în interiorul diverselor tipuri de activitate juridică, în anumite cazuri mai este mult de făcut pentru a se putea vorbi despre o reală integrare a dreptului comparat în practica juridică. Acest aspect se datorează, probabil, confiscării subiectului de către doctrinari și cultivării unei audiențe preponderent elitist-academice (Glenn, 2000-2001: 980). La începutul anilor '90 ai secolului al XX-lea, dreptul comparat se afla încă „în căutarea unei audiențe" (Markesinis, 1990) în rândul practicienilor dreptului. Pe de altă parte, oarecum paradoxal, dreptul comparat se teme astăzi de o „banalizare" datorată utilizării sale profund instrumentaliste în domenii precum dreptul internațional privat (Bermann, 2011: 940).

§1. Funcţia legislativă. Dreptul comparat ca instrument la îndemâna legiuitorului naţional

Apelarea la soluțiile legislațiilor străine pentru a edicta propriul drept național a fost şi este considerată cea mai importantă funcție practică a dreptului comparat. „Juriştii cu experiență, spunea în secolul al XIX-lea Maine, admit toți că funcția principală, dacă nu unica funcție a dreptului comparat, este de a facilita sarcina legislatorului şi de a contribui la ameliorarea practică a dreptului" (Maine, 1871: 4). Necesitatea şi importanța acestui demers au fost înțelese încă din cele mai vechi timpuri. Marii legiuitori greci şi romani ai Antichității au făcut apel la legislația altor popoare în momentul în care au realizat operele lor legislative. Lycurg şi Solon în Grecia, comisia de elaborare a Legii celor XII table n-au făcut altceva decât drept comparat. De atunci, analiza legislațiilor străine în scopul edictării propriei legislații a reprezentat un demers obişnuit, mai ales în epoca apariției şi a consolidării statelor naționale, moment în care legea a devenit cel mai important şi eficace mijloc de a reforma dreptul în mâna legiuitorului național. În acel moment, dreptul comparat a devenit un instrument, pus la dispoziția legiuitorului național, menit să procure acestuia informații despre dreptul pozitiv existent în alte sisteme de drept naționale (Ewald, 1994-1995: 2123-2124).

Dreptul unora dintre cele mai moderne şi puternice state ale contemporaneității s-a dezvoltat şi se dezvoltă în continuare prin intermediul acestei funcții a dreptului comparat. E suficient să amintim aici Germania, Italia şi Anglia. **Dreptul german (prusac)** al primei jumătăți a secolului al XIX-lea datorează Angliei reglementările sale în materie de impozit pe venit şi Codului comercial francez din 1807 pe cele în materie de drept al societăților comerciale. În aceeaşi măsură, legislația anti-trust, având la bază Cartel Ordinance din 1923, s-a datorat dreptului austriac în materie. Amendamentelor austriece din 1909, 1924 şi 1933 în materie de procedură civilă li se datorează şi o bună parte din dreptul procesual civil german. Nu în cele din urmă, Codul civil german (BGB) a fost rezultatul unei importante munci comparative, ale cărei rezultate s-au văzut în numeroasele influențe externe suferite. De exemplu, o serie de idei în materie de obligații s-au datorat Codului elvețian al obligațiilor din 1881 (Grossfeld, 1990: 15-18). După Al Doilea Război Mondial, ne mărturisesc juriştii germani, nicio reformă legislativă importantă nu a fost realizată fără o cercetare extinsă în dreptul comparat. Acest lucru s-a realizat în materie de dreptul familiei, legislația agenților comerciali, dreptul societăților comerciale, dreptul anti-trust, introducerea opiniei dizidente în Curtea Constituțională federală, dreptul penal şi dreptul internațional privat (Kötz, 2000: 25).

În **Anglia**, dreptul statutar pretinde Comisiei legislative (*Law Comission*), înființată în 1965 (pentru Anglia şi Țara Galilor), a cărei principală sarcină este de a reforma şi dezvolta sistematic dreptul, să procure informații din alte sisteme de drept ori de câte ori acestea sunt considerate ca facilitând realizarea respectivei sarcini. Tot istoria ne arată că, în general, nu au existat sisteme naționale de drept care să nu fi fost supuse, într-o măsură mai mare sau mai mică şi din diverse motive, unor forțe supranaționale. Acest fapt a permis unor comparatişti ca A. Watson să susțină că dreptul se dezvoltă în principal prin transplanturi juridice (Watson, 1993).

Indiferent că reprezintă o lege intrinsecă a formării dreptului național ori a dreptului în general sau reprezintă o simplă opțiune la îndemâna legiuitorului, **transplantul** din legislațiile străine este o realitate ce nu poate fi neglijată. Astăzi, cu atât mai mult, în condițiile în care raporturile sociale cărora le trebuie găsite soluții legislative sunt tot mai numeroase şi mai complexe, consultarea legislației străine devine nu doar un simplu joc al curiozității ştiințifice sau o simplă tehnică, ci o reală necesitate pe care niciun legiuitor conştient de dificultatea misiunii sale nu o poate neglija (Gutteridge, 1953: 59). Dreptul comparat a devenit chiar rațiunea de a fi a activității legislative (Glenn, 2000: 108). În locul utilizării de soluții izvorâte din prejudecăți, din credința în calitatea aparentă de adevăr absolut a unor tradiții, ar fi şi este mult mai profitabilă apelarea la enorma cantitate de experiență ce se găseşte în sistemele de drept străine (Bogdan, 1994: 29). În acelaşi timp, aşa cum arăta L.-J. Constantinesco, „avantajul soluțiilor străine desprinse prin comparare constă nu numai în noutatea şi varietatea lor, ci şi (...) în faptul că ele au fost verificate prin aplicarea lor practică în cadrul ordinilor juridice avute în vedere" (Constantinesco, 1998: 356).

Tocmai de aceea, analiza soluțiilor şi a experiențelor în aplicarea acelor soluții oferite de legislația altor state poate fi un bun sfătuitor, mai ales pentru un legiuitor confruntat în premieră cu un anumit tip de probleme juridice. Acesta este, cu precădere, cazul noilor democrații est-europene ale căror eforturi de a instaura un regim democratic şi o economie de piață au fost marcate, în plan legislativ, de numeroase demersuri de analiză a soluțiilor pe care legislațiile unor state cu tradiție democratică şi cu o solidă economie de piață le puteau pune la dispoziția acestora (Ajani, 1995). Aceasta a fost şi cazul României care, după 1989, a apelat adesea la legislația străină pentru a contura cele mai importante instituții juridice ale noilor realități politice, sociale şi economice. Acest demers s-a concretizat începând chiar cu Constituția din 1991, primul act juridic fundamental postcomunist al românilor (Guțan, 2010).

Dincolo de avantajele şi relativa uşurință cu care transplantul juridic se poate transforma într-un instrument de reformă legislativă în mâinile

legiuitorului național, apelul la soluțiile juridice ale altor sisteme de drept nu este nici atât de la îndemână şi nici un demers care produce necondiționat efecte pozitive. Dreptul comparat clasic nu a fost străin de aceste aspecte şi nici insensibil la complexitatea fenomenului ameliorării dreptului național prin intermediul transplantului juridic. Comparatiştii clasici au sesizat că realizarea acestei funcții a dreptului comparat nu este un demers lipsit de **probleme, pericole** şi chiar **îndoieli** cu privire la realismul său.

a. În primul rând, se pune **problema limitelor** în care se poate apela la legislația altor state. Uneori poate fi vorba doar de o anume instituție juridică, alteori analiza se poate întinde la o totalitate de instituții juridice, aparținând unei întregi ramuri de drept sau mai multor ramuri de drept. În acest moment vorbim despre o adevărată receptare sau importare a dreptului străin. Acest import sau receptare a apărut, de regulă, în acele state care au dorit ca, prin salturi calitative, să-şi modernizeze cât mai rapid şi mai bine legislația în funcție de cea aparținând unor sisteme de drept model, considerate avansate. Acesta a fost cazul marii majorități a statelor est-europene, după dobândirea independenței, şi a mai tuturor statelor din lumea a treia, foste colonii. Toate acestea au adoptat şi adaptat, în diverse grade, aspecte ale dreptului occidental şi, mai apoi, socialist.

b. În al doilea rând, se pune **problema sistemului sau a sistemelor de drept străin la care legiuitorul poate apela pentru a se inspira.** Ce anume determină alegerea unui sistem şi nu a altuia? Care sunt criteriile pentru a stabili că o anume soluție a unui sistem național de drept este mai bună decât a altuia? Cât de înrudit trebuie în materie de cultură şi civilizație trebuie să fie sistemul nostru de drept cu cel sau cele la care apelăm pentru împrumuturi? Este clar că apelarea la unul sau altul din sistemele de drept străine depinde atât de factori subiectivi cât şi obiectivi, de natură politică şi ştiințifică. Nu în ultimul rând, gradul destul de înalt de arbitrar care se poate ivi într-o asemenea situație depinde şi de abilitățile lingvistice şi relațiile personale ale celor însărcinați cu elaborarea proiectelor de lege (Grossfeld, 1990: 18).

c. Nu în ultimul rând, se pune **problema modului în care urmează a fi aplicate soluțiile importate.** Este normal ca, în urma acestui demers, să fie aduse în dreptul intern doar acele soluții legislative care se potrivesc cel mai bine mentalității şi experiențelor juridice anterioare ale societății respective. Tocmai de aceea, funcția legislativă a dreptului comparat vizează nu doar importul unor soluții legislative ci şi delimitarea de acele soluții şi experiențe juridice străine care nu ar fi propice sistemului de drept național aflat în cauză. Iar asta deoarece legi şi instituții care funcționează bine în anumite circumstanțe într-o anume țară pot fi total nepotrivite sau chiar vătămătoare într-o altă țară cu alte tradiții sau alt tip de societate (Bogdan,

1994: 29-30; Constantinesco, 1997: 357). Chiar şi în ceea ce priveşte soluțiile ce pot fi şi merită a fi adoptate, testate şi aplicate cu succes în alte țări, preluarea lor nu se poate face fără a suferi modificările necesare determinate de diferențele de procedură judecătorească, puterea deținută de diversele autorități, mersul economiei sau contextul social general în care instituția juridică respectivă trebuie să funcționeze (Zweigert & Kötz, 1998: 17; Kamba, 1974: 497).

Datorită complexității acestor probleme, reforma dreptului național prin intermediul preluării unor soluții juridice din sistemele de drept străine a făcut şi face obiectul analizelor şcolii **dreptului comparat înțeles ca transplant juridic**, lansată de A. Watson în anii '70 ai secolului al XX-lea. Aceasta susține că marea majoritate a schimbărilor juridice care au avut şi au loc pe mapamond se realizează prin intermediul transplantului juridic şi, prin urmare, propune un drept comparat preocupat exclusiv de dinamica istorică a diverselor modele juridice[1]. Dincolo de această perspectivă, există opinia celor care consideră că dreptul este strâns legat de o anume cultură şi de un anume tip de societate şi care îşi pun întrebarea dacă funcția legislativă a dreptului comparat există cu adevărat. De asemenea, se întreabă aceiaşi, cât de bine putem înțelege experiența altor state în aplicarea anumitor instituții juridice în măsura în care suntem marcați cultural? Care este rolul tradiției în receptarea dreptului străin? Este clar că nu este atât de simplu a se renunța la tradiții, la un anume tip propriu de cultură în momentul în care se pune problema raportării la sisteme de drept străine. Aici trebuie să dăm dreptate acelor sceptici ai dreptului comparat care nu se feresc să scoată în evidență limitele acestuia şi pentru care ideile lui Watson par a fi irealiste. Fără a accepta ca introducerea elementului „cultură" în procesul comparativ-legislativ să conducă la inhibarea reformei juridice prin apelul la soluții juridice străine, trebuie luată în serios avertizarea adepților clasici şi postmoderni ai contextualismului în dreptul comparat cu privire la necesitatea de a înțelege bine, în prealabil, contextul socio-cultural în care se manifestă dreptul ce se doreşte a fi importat (Kahn-Freund, 1974: 27), precum şi contextul socio-cultural în care se va manifesta dreptul importat.

Evident, acest aspect ar trebui să fie rodul unui serios şi profund demers comparativ. În aceste condiții intervin probleme delicate referitoare la măsura în care legiuitorul se poate şi are interesul de a se transforma în comparatist. Pe de altă parte, în cazul prezenței acestui interes, ce contururi metodologice va putea lua compararea juridică realizată de legiuitor? Cât de profundă ar trebui să fie cunoaşterea dobândită de legiuitorul național asupra sistemelor de drept străine pentru a răspunde delicatelor probleme ale

[1] Pentru detalii privind problematica transplantului juridic, a se vedea *infra*, Capitolul VIII.

transplantului juridic amintite mai sus? Având în vedere că legiuitorul nu se poate transforma într-un doctrinar îndrăgostit de cunoaşterea pură, e posibil ca metodologia dreptului comparat utilizată de acesta să se reducă la un simplu demers de informare asupra sistemelor de drept şi instituţiilor juridice străine. Aici comparatiştii ar putea interveni cu acuze de superficialitate, atrăgând atenţia asupra consecinţelor nefaste ale cunoaşterii de suprafaţă a dreptului străin. Legiuitorul ar putea răspunde, în termenii lui J. Basedow, că el nu este un comparatist al dreptului, ci un „client al dreptului comparat" (Basedow, 2014). Distincţia este semnificativă, conducând spre ideea că legiuitorul naţional nu trebuie să facă el însuşi comparare juridică pentru a ameliora dreptul naţional prin intermediul transplantului juridic. Ca urmare, el poate apela la ajutorul celor care sunt specializşti în drept comparat. În general, realizarea unor rapoarte de analiză a unor instituţii juridice străine din perspectiva dreptului comparat revine universitarilor cu vechi state de cercetare în problema vizată. În măsura în care elaborarea unui astfel de raport necesită un studiu mai amănunţit şi un acces mai larg la informaţie, elaborarea sa poate fi încredinţată unor institute de specialitate. Astfel, în Germania, Ministrul justiţiei poate cere unuia din Institutele Max Planck să realizeze respectiva documentaţie (Kötz, 2000: 26). Cine nu are comparatişti poate apela la unii de import, cu toate consecinţele ce pot decurge de aici în materie de imperialism juridic.

§2. Funcţia de unificare şi armonizare a dreptului

Pe lângă problema îmbunătăţirii şi modernizării dreptului naţional, unde dreptul comparat joacă un rol important, s-a ridicat juriştilor şi legiuitorilor contemporani o altă problemă determinată de existenţa unor numeroase sisteme de drept naţionale şi statale a căror legislaţie extrem de diversificată poate deveni o piedică în calea dezvoltării şi modernizării într-o serie de domenii. Mai ales domeniile economicului şi al comercialului, ale căror raporturi se realizează în mod covârşitor dincolo de graniţele statale, au avut de suferit din cauza incertitudinii şi nesiguranţei create de existenţa prea multor reguli juridice internaţionale aflate în conflict. „Diversitatea dreptului, susţinea Gutteridge, constituie în mod evident o piedică în calea comerţului internaţional". Comerţul extern se realizează prin raporturi juridice care fără încetare trec de la o ţară la alta, iar o convenţie de drept comercial sau maritim poate fi supusă succesiv mai multor sisteme de drept înainte de a fi executată (Gutteridge, 1953: 197; Ancel, 1971: 72). Problema a devenit cu atât mai acută cu cât mijloacele moderne de comunicare şi transport au adus aceste sisteme de drept într-un contact mai strâns şi repetat. Cel mai adesea, însă, multitudinea normelor de drept material este dublată de existenţa unor norme conflictuale

extrem de diverse de la o țară la alta. Astfel, a apărut nevoia construirii unor norme de drept comune mai multor state într-o anumită materie care să faciliteze acea siguranță și certitudine necesară raporturilor juridice, mai ales economice. Sau, în cazul în care acest lucru este dificil, statele să reușească cel puțin să unifice regulile juridice de drept internațional privat care să stabilească în mod unitar care instanță națională este competentă să soluționeze un raport juridic cu un element de extraneitate.

Comparatiștii au făcut aici mai multe delimitări. În funcție de modul în care aceste reguli juridice comune se regăsesc în sistemele de drept ale statelor implicate, s-a făcut distincție între **unificarea dreptului** și **armonizarea dreptului**. Cele două concepte nu sunt universal acceptate, așa cum arată raportul lui H.P. Glenn la al XIII-lea Congres internațional de drept comparat. El folosește pentru unificare sintagma de „unificare a normelor", iar pentru armonizare sintagma de „unificare a obiectivelor" (Glenn, 1992: 80-81). Unificarea reprezintă procesul prin care două sau mai multe reguli juridice sau sisteme de drept sunt înlocuite printr-o singură regulă sau sistem juridic, creându-se astfel o identitate juridică. Spre deosebire de unificare, armonizarea dreptului vizează doar aproximarea sau co-ordonarea unor prevederi legale sau sisteme de drept diferite prin eliminarea diferențelor majore și creând standarde sau cerințe comune (Kamba, 1974: 501). Din punctul de vedere al conținutului, unificarea legislativă poate fi *totală* sau *parțială*. Prima vizează, într-o primă accepție, unificarea legislativă a tuturor sistemelor juridice și sub toate aspectele. Într-un sens mai realist, ea vizează uniformizarea sistemelor aderente atât sub aspectul raporturilor interne, cât și sub aspectul raporturilor externe. În schimb, unificarea parțială vizează doar unificarea acelor norme ce se aplică raporturilor internaționale. Prin aceasta, regimul interior al fiecărui stat semnatar nu ar fi afectat de convenția unificatoare ce se va aplica de către statul respectiv doar în raporturile internaționale (Ancel, 1971: 76-77). Din punctul de vedere al întinderii geografice la nivelul căreia se poate realiza unificarea sau armonizarea legislativă, comparatiștii au demarcat unificarea *externă* de cea *internă* sau națională. Cea externă se poate divide, la rândul ei, în unificare internațională sau globală și unificare regională. După numărul sistemelor de drept implicate, unificarea internațională a dreptului poate fi *bilaterală*, când se realizează doar între două state sau *multilaterală*, când la ea participă mai multe state.

2.1. Nivelul internațional sau global

Strict istoric, prima propunere de unificare concretă, la scară mondială, a dreptului a fost făcută de profesorul Leon Levi Prințului-consort al Marii Britanii, cu ocazia Expoziției din 1851. A doua jumătate a secolului al XIX-lea

a fost destul de bogată în acte internaționale de unificare a dreptului: în 1877, International Law Association a realizat o primă unificare, cu caracter privat, în materie de drept maritim, prin regulile de la York şi Anvers asupra avariilor comune. Au urmat o serie de acte cu caracter oficial: în 1886, la Berna, s-a încheiat o convenție privind dreptul de autor, iar în 1890 una privind transportul terestru al mărfurilor. Secolul al XX-lea a debutat pentru dreptul comparat într-o tentă foarte optimistă, chiar entuziastă, în ceea ce priveşte finalitatea acestei noi ştiințe. La primul Congres internațional de drept comparat de la Paris (1900), Lambert susținea că funcția practică a dreptului comparat este de a oferi materialul necesar ce ar forma baza pentru o unificare generală a sistemelor de drept aparținând tuturor națiunilor ce atinseseră acelaşi grad de dezvoltare sau civilizație şi înlocuirea lor cu un drept internațional comun. Atingerea acestei finalități urma să fie asigurată de faptul că toate aceste sisteme de drept „civilizate" aveau la bază elemente – principii, concepte, instituții – comune ce urmau a fi descoperite prin intermediul dreptului comparat (Kamba, 1974: 501-502). Fără a fi absolut universalistă şi postulând o unificare în toate domeniile juridicului, teoria lui Lambert s-a dovedit a fi o construcție iluzorie, iar ideea unificării internaționale a dreptului s-a transformat din marea speranță în marea decepție a dreptului comparat (Constantinesco, 1998: 402). Cele două războaie mondiale ce au urmat au demonstrat că o asemenea ideea era departe de a putea fi realizată şi că proiectele pur teoretice ale acestor comparatişti trebuiau să treacă de decizii politice şi numeroase orgolii naționale pentru a se realiza. Ideea unui drept comun al tuturor statelor lumii a rămas un simplu proiect ce ar putea fi îndeplinit cândva într-o epocă în care toate obstacolele ar urma să fie depăşite.

Până atunci, încercând să fie mai realişti, juriştii şi-au pus eforturile comparatiste în slujba unor proiecte mai pragmatice, cu şanse de a fi acceptate de factorii decisivi în unificarea dreptului. Fără a se renunța la ideea unificării dreptului pe scară mai largă, s-a urmărit identificarea acelor domenii ale juridicului în care unificarea legislativă nu e doar necesară, ci şi posibilă. Acest lucru nu s-a putut realiza fără o mai completă şi complexă înțelegere a obstacolelor ce stau în calea unificării internaționale a dreptului. S-a ajuns, astfel, la concluzia că diferențele de natură terminologică şi lingvistică pot constitui importante obstacole, de natură tehnică, în calea unificării legislative (Constantinesco, 1998: 406). Acestora li se adaugă elementele determinante ce caracterizează fiecare sistem de drept sau mare familie juridică. Statele diferă unele de altele, concepțiile despre drept şi tehnicile juridice sunt diverse, iar diversele ramuri de drept nu pot fi tratate de aceeaşi manieră (Glenn, 1992: 83-84). Nu mai puțin importante sunt şi tradițiile legate de anumite probleme cu caracter social şi politic ce ar putea determina mai toate parlamentele naționale să manifeste serioase rezerve

la o eventuală uniformizare internațională a dreptului ce ar putea însemna obligativitatea renunțării la respectivele tradiții (Zweigert & Kötz, 1998: 27). Aceste tradiții pot face din jurist sau din simplul cetățean un ignorant şi un indiferent vizavi de problema unificării legislative pe care nu o sesizează şi căreia nu-i găseşte necesitatea (Ancel, 1971: 73).

Nu trebuie uitat, de asemenea, că, până la urmă, cel mai important obstacol în calea unificării internaționale a dreptului este reprezentat de voința politică a statelor lumii. Unificarea legislativă ce s-ar realiza doar în operele teoretice ale unor comparatişti, oricât de fundamentată şi silențioasă ar fi, rămâne totuşi o operă teoretică, în măsura în care factorii politici nu se implică direct în punerea ei în practică. De aceea, "trebuie ca, în toate statele, cei ce ocupă pozițiile necesare pentru a lua inițiativa unificării şi a o realiza să fie convinşi de faptul că această unificare este necesară şi urgentă pentru a pune capăt dificultăților şi conflictelor din domeniul internațional (Gutteridge, 1953: 200). Se pare însă că acest lucru nu este de ajuns. Chiar şi în cazul în care voința politică de unificare internațională a dreptului există, apare inevitabil o tendință de păstrare a soluțiilor naționale. "Fenomenul (rezistenței la unificare, n.n.) e viu demonstrat în deliberările comisiilor de unificare unde singurul element constant este lupta delegațiilor naționale de a păstra soluțiilor lor naționale". De aici, trage concluzia Glenn, rezultă că tendința spre codificări naționale, sistemice a dreptului privat în plan internațional este un obstacol major al unificării internaționale a dreptului privat (Glenn, 1992: 84).

Din toate acestea rezultă cu pregnanță că orice operă de unificare a dreptului pe plan internațional este un lucru complex şi o sarcină deloc simplă. Se impune, mai apoi, cu claritate faptul că o unificare legislativă s-ar putea realiza între state cu diferențe lingvistice mici sau cu tradiții asemănătoare ori în domenii care nu au fost în trecut puternic influențate de factori politici, sociologici, ideologici, naționali sau psihologici. Nu în ultimul rând, unificarea legislativă ar avea mai mari sorți de izbândă între statele al căror sistem de drept face parte din aceeaşi familie juridică. Pornind de la acest context, vom înțelege mai bine de ce o serie de comparatişti şi-au exprimat îndoiala în ceea ce priveşte posibilitatea creării unui drept uniform în cadrul UE, în condițiile în care Anglia nu face parte din familia juridică romano-germanică. De asemenea, avându-se în vedere tradițiile şi orgoliile naționale, consideră Gutteridge, ar fi mai utilă o unificare parțială a dreptului care să se aplice doar acelor raporturi ce implică un element străin (Gutteridge, 1953: 201-201).

Cele expuse explică faptul că toate succesele în materie de unificare legislativă au avut loc, până acum, cu excepția dreptului familiei şi dreptului succesiunilor, în mai toate domeniile dreptului privat (Zweigert & Kötz, 1998:

26): drept comercial, dreptul muncii, dreptul de autor, dreptul transporturilor, precum şi în acele domenii lipsite de tradiţii naţionale: dreptul spaţial, dreptul atomic şi dreptul audio-vizualului. În ceea ce priveşte dreptul public, mai toţi comparatiştii sunt sceptici în a da şanse de reuşită unificării legislative internaţionale, mai ales în materia dreptului constituţional. Ar fi posibile norme unificate doar în unele aspecte ale dreptului penal. Pe de altă parte, acolo unde unificarea dreptului material este dificilă sau imposibilă, comparatiştii recomandă unificarea regulilor care reglementează conflictele de lege.

Evident, în centrul atenţiei au stat acele norme care au urmărit să reglementeze, într-un mod unitar, **comerţul şi afacerile internaţionale**. După opinia lui Zweigert şi Kötz, „doar nevoile specifice afacerilor internaţionale legale pot justifica marea cantitate de energie care e necesară pentru a pune în practică orice proiect de unificare a dreptului" (Zweigert & Kötz, 1998: 27). După cum am văzut, încă dinaintea debutului secolului al XX-lea, acest domeniu a constituit un teritoriu propice unificării legislative. Noul secol nu a făcut decât să confirme tendinţele instaurate atunci. În 1910, s-a semnat la Bruxelles o convenţie privind abordajul, iar la Haga una dintre primele convenţii privind unificarea domeniului conflictului de legi. Au urmat importante convenţii semnate la Geneva în 1930 şi 1931 asupra biletului la ordine, scrisorii de schimb şi cecului. Tot la Geneva, în 1930, s-a semnat Convenţia asupra efectelor comerţului. În 1964, Haga a devenit din nou centrul unificării internaţionale a dreptului, de această dată în domeniul vânzării internaţionale a obiectelor mobile şi asupra încheierii acestui contract (ULIS şi ULFIS). Printre cele mai importante realizări în domeniu se numără Convenţia asupra contractelor privind vânzarea internaţională de bunuri (CISG), semnată la Viena în aprilie 1980, ca rezultat al muncii Comisiei pentru dreptul internaţional şi comercial (UNCITRAL), înfiinţată în 1966 de ONU, precum şi Principiile contractelor comerciale internaţionale, publicate în 1994 de către UNIDROIT. Un astfel de drept unificat a permis evitarea aplicării dreptului internaţional privat şi dreptului substanţial naţional în aceste materii, reducând riscul afacerilor internaţionale şi oferind un real sprijin judecătorilor meniţi să judece litigii în aceste domenii. În spatele acestor instrumente internaţionale ale dreptului (comercial) unificat a stat o muncă importantă de comparare juridică ce a scos în evidenţă, printre altele, posibilitatea unei relative convergenţe juridice între tradiţiile romano-germanică şi *common law* (Lando, 2000-2001: 1015-1032).

O altă problemă, pe lângă cea a determinării domeniilor ce pot fi unificate, este cea a **stabilirii modalităţilor concrete prin care se poate face unificarea dreptului**. Acest demers este important, deoarece unificarea legislativă nu se poate realiza prin evocarea unui drept ideal într-un anume domeniu, sperând ca ulterior statele să-l adopte (Zweigert & Kötz, 1998:

24). Ținând cont că unificarea legislativă internațională se face între state independente și suverane, ea nu se poate face nici cu forța. Dreptul uniform nu se confundă cu dreptul introdus de către un stat pe teritoriul altui stat în urma unei cuceriri militare (Constantinesco, 1998: 403-404). Tot așa, nu este nici vorba de a realiza unificarea internațională a dreptului substituind diverselor drepturi naționale un drept supranațional uniform, decretat de un legislator la nivel mondial (David & Jauffret-Spinosi, 1992: 8). Ca urmare, unificarea legislativă trebuie să plece de la elementele comune sistemelor de drept avute în vedere și să le incorporeze într-un drept uniform. În cazul în care s-ar constata diferențe, acestea trebuie conciliate, adoptându-se cea mai bună variantă sau prin găsirea unei noi soluții mai bune și mai ușor de aplicat decât oricare din cele deja existente (Zweigert & Kötz, 1998: 24). De asemenea, având în vedere faptul că dreptul uniform se va aplica unor raporturi internaționale, unificarea dreptului trebuie să se facă prin intermediul unor *tratate internaționale* la care să adere, prin exprimarea voinței lor, toate statele interesate și care să-i oblige pe semnatari, în baza principiilor de drept internațional, să adopte și să aplice dreptul uniform ca drept intern.

Demersul concret de unificare a dreptului prin tratate internaționale este un proces complex, constituit din mai multe etape. Unificarea dreptului presupune mai întâi o muncă comparativă asiduă în cadrul unor *studii preparatorii* ce trebuie să preceadă, în mod obligatoriu, orice asemenea demers. „Fără ele nimeni nu poate descoperi punctele de convergență sau divergență între diversele sisteme de drept ale lumii (...)" (Zweigert & Kötz, 1998: 25), nu poate „examina rațiunile ce stau în spatele diferențelor stabilite, fezabilitatea unei soluții uniforme și posibila formă a acelei soluții" (Kötz, 2000: 26). În consecință, nu este de mirare că la baza dreptului uniform stă munca unor comparatiști de renume, cum a fost cazul lui E. Rabel, care, prin a sa *Das Recht des Warenkaufs* (1936), a oferit unificării internaționale în materie de vânzări un important sprijin teoretic. De asemenea, pe plan internațional au apărut o serie de instituții menite să realizeze acest demers teoretic atât de necesar. Putem aminti aici Institutul internațional pentru unificarea dreptului privat înființat în 1926 la Roma de Societatea Națiunilor, Conferința de la Haga pentru dreptul internațional privat și Comisia ONU pentru dreptul comerțului internațional. Printre instituțiile ce au în obiectivele lor unificarea dreptului se numără și Organizația internațională a muncii, Comisia europeană a drepturilor omului și Organizația statelor americane. Studiile preparatorii sunt urmate de etapa redactării proiectului în cadrul căreia se fac propuneri pentru o lege uniformă, ca bază pentru discuțiile și negocierile între părțile interesate. După ce negocierile s-au încheiat, are loc redactarea propriu-zisă a textului de lege sau a normelor juridice uniforme ce vor fi supuse, în final, ratificării guvernelor și parlamentelor

interesate. Deşi este cel mai des folosită, unificarea dreptului prin tratate internaționale nu este infailibilă, în condițiile în care statele pot recurge la anumite instrumente ale dreptului internațional, ca rezervă la ratificarea tratatelor sau denunțarea acestora, prin care realizarea unui drept unificat poate fi pusă sub semnul întrebării.

O altă metodă prin care s-ar putea ajunge la un drept unificat ar putea fi, recomandă Zweigert & Kötz, realizarea unor *legi-model* (*model laws*) după modelul celor adoptate în Commonwealth şi SUA (acele *Restatements of law*). Ideea de bază a acestei metode este existența unui număr de modele sau a unui model legislativ ce reglementează un anumit domeniu. Prin astfel de legi-model, statele nu sunt obligate să adopte norma uniformă aşa cum a fost convenit, ci doar se angajează să realizeze obiectivele vizate de aceste legi. Ele urmează să precizeze punctele în care dreptul lor național se îndepărtează de modelul acceptat în principiu şi să aducă precizările şi adăugirile necesare. Alternativa aceasta ar permite, pe de o parte, menajarea orgoliilor şi a susceptibilităților naționale, lăsându-i-se fiecărui stat libertatea de a prescrie în orice moment şi în limitele dorite regula juridică ce i se pare a fi cea mai bună (David, 1982: 308). Prin aceasta s-ar evita, pe de altă parte, inconvenientele legate de existența şi aplicarea tratatelor internaționale şi s-ar asigura o bună realizare a acestor legi-model pe bazele dreptului comparat (Zweigert & Kötz, 1998: 25). Prin această metodă, unificarea dreptului ar fi însă limitată. Pentru a avea şanse de reuşită, crede David, această metodă trebuie îmbinată cu cea a convențiilor internaționale. Astfel, în loc de a insera într-o convenție dispoziții uniforme, se poate ataşa acesteia o lege-model pe care statele semnatare o pot aplica pe teritoriul lor. Statele semnatare ar fi nevoite, în consecință, să examineze legea-model care altfel, neanexată unei convenții, ar putea rămâne uitată în arhivele ministeriale (David, 1982: 310).

După cum s-a constatat în practică, problema fundamentală a unificării internaționale a dreptului nu o reprezintă neapărat demersurile pentru întocmirea şi aprobarea lui, ci faptul că, odată ratificate şi aplicate în dreptul intern, prevederile acestor tratate pot fi aplicate într-o manieră cât se poate de „națională" de către instanțele statelor semnatare, ceea ce ar conduce, în final, la pierderea scopului pentru care s-a făcut respectiva unificare a dreptului. Prevederile art. 7 ale Convenției CISG, amintite mai sus, ce arată că atunci când se interpretează prevederile Convenției trebuie să se dea atenție caracterului internațional al acesteia, precum şi „nevoii de a promova uniformitatea în aplicarea ei", nu evită pericolul aplicării diferențiate, mai ales în condițiile în care nu este prevăzut niciun fel de instrument concret în acest scop. Pentru a se evita acest lucru, nu este necesară doar o clară întocmire a textelor de lege, ci şi existența, la fel ca în sistemul de drept

intern, a unei Curți supreme de casație sau apel internaționale care să asigure aplicarea uniformă a acestui drept uniform. Din păcate, asemenea Curți lipsesc în acest moment, iar singura alternativă ar fi ca toate Curțile supreme ale statelor semnatare ale unui tratat sau altul să cunoască și să accepte ca proprii soluțiile pe care omoloagele lor le-au stabilit într-un caz sau altul, astfel încât, cel puțin pe această cale aplicarea uniformă a dreptului uniform să fie asigurată (Zweigert & Kötz, 1998: 27-28; Ancel, 1971: 73-74). Un exemplu evocator în acest sens ni-l oferă prevederile art. 1 al Protocolului 2 al Convenției de la Lugano asupra jurisdicției și punerii în aplicare a sentințelor în cazuri civile și comerciale din 1988. Atunci când instanțele statelor membre, ne spune articolul respectiv, aplică și interpretează Convenția, ele vor ține seama de principiile statuate de orice decizie relevantă dată de instanțele altor state semnatare.

Am discutat până acum despre problemele unificării dreptului la nivel internațional, iar concluziile obținute nu sunt deloc încurajatoare. În ciuda optimismului existent, rezultatele în plan internațional sunt nesatisfăcătoare. Piedicile sunt prea mari, iar voința politică prea greu de convins de necesitatea aplicării unor norme lipsite de identitate națională. Chiar și rezultatele obținute nu îndreptățesc încrederea într-un proces mondial de unificare a dreptului, nici măcar la nivelul dreptului privat. Marea majoritate a normelor unificate sunt norme de conflict, iar în cazul dreptului material, cel mai adesea, unificarea a fost doar parțială, statele aplicând în continuare alte norme juridice raporturilor interne în materie. În consecință, foarte mulți comparatiști și-au pus problema utilității credinței într-o unificare a dreptului și și-au canalizat energia asupra ideii de armonizare care pare a fi mult mai realistă.

2.2. Unificarea dreptului la nivel regional

Dificultățile detectate de comparatiști în ceea ce privește unificarea internațională a dreptului, precum și schimbările politice petrecute pe plan mondial după cel de-Al Doilea Război Mondial, apariția celor două mari blocuri politice rivale, au determinat renunțarea la obsesia unui drept unificat mondial și concentrarea asupra unificării, mult mai realiste, pe plan regional. Apropierea geografică, identitatea de regim politic, înrudirea de tradiții istorice și juridice, limba asemănătoare, nivelul apropiat de dezvoltare economică, toate acestea au permis ca, în diverse colțuri ale mapamondului, unificarea legislativă să aibă loc pe arii mai restrânse dar cu șanse mai mari de succes. Poate cel mai vechi și mai cunoscut exemplu este cel al statelor scandinave care, începând cu sfârșitul secolului al XIX-lea, au demarat cu succes un proces de unificare a dreptului ce a cuprins treptat tot mai multe ramuri juridice. Totul a avut la bază Uniunea nordică între Danemarca, Sue-

dia şi Norvegia uniune care, în 1881, punea deja bazele unui drept comun în materia efectelor comerţului şi a dreptului maritim. Uniunea s-a lărgit ulterior prin aderarea Islandei şi Finlandei iar succesul obţinut a condus la unificarea a noi domenii: dreptul contractual, reprezentarea şi normele conflictuale în materie de dreptul familiei (Convenţia de la Stockholm din 1931 privind competenţa judiciară în materie de divorţ). După Al Doilea Război Mondial crearea unui Consiliu nordic a impulsionat şi mai mult curentul unificării legislative. În 1960 a fost creat un Comitet nordic pentru dreptul penal. Un alt exemplu european la fel de cunoscut este cel al statelor ce formează Benelux.

Acţiuni de unificare a dreptului, cu puternice conotaţii politice, culturale şi religioase au avut loc şi în alte colţuri ale lumii. Epoca ulterioară decolonizării a adus în Africa o tendinţă de creare a unui drept african în care s-au implicat state cu afinităţi diverse în regiuni diferite. În orientul mijlociu, Liga arabă a urmărit şi urmăreşte uniformizarea dreptului în această regiune iar în America latină unificarea legislativă a fost impulsionată de Institutul integrării latino-americane a cărui misiune este de a propune statelor regiunii legi-model în diverse domenii.

2.3. Rolul dreptului comparat în construcţia unui drept european unificat

Cel mai evocator şi mai important pentru noi exemplu în materie de unificare şi uniformizare legislativă la nivel regional este cel oferit de UE. Având, iniţial, la bază intenţia câtorva state vest-europene de a colabora şi unifica legislaţia în câteva domenii distincte, acest organism internaţional a devenit cel mai important laborator mondial în materia unificării şi armonizării dreptului la nivel regional.

Ideea unei Europe unite sub diverse aspecte nu era nouă în Europa. Ea s-a dezvoltat, însă, într-un nou context, după cel de-Al Doilea Război Mondial. Nevoia reconstrucţiei economice a devenit un obiectiv comun şi a delimitat de la bun început domeniile în care statele europene doreau să conlucreze. Atingerea obiectivului comun nu se putea realiza însă decât prin crearea unui **drept unificat**. Iar acesta nu a întârziat să apară. La început a fost Comunitatea europeană a carbonului şi oţelului din 18 aprilie 1951. Apoi s-a semnat la Roma, la 25 martie 1957, actul de constituire a Comunităţii europene a energiei atomice şi Tratatul de constituire a importantei Pieţe comune (CEE). Tratatul de la Roma a definit clar obiectivele ţărilor semnatare în materie de cooperare economică şi socială şi a stabilit pârghiile juridice necesare atingerii obiectivelor fixate. În vederea funcţionării Pieţei Comune, art. 3 lit. (h) stipula realizarea coordonării (*rapprochement/approximation*) între legile statelor membre, iar art. 100 regle-

menta clar edictarea de directive menite să aproximeze legi, regulamente sau prevederi cu caracter administrativ ale statelor membre care ar afecta direct stabilirea şi funcționarea unei Piețe Comune. Ideea a fost reluată în toate tratatele fondatoare ulterioare ale UE. Fără a face trimitere expresă la o intensitate anume a acestei apropieri legislative, *i.e.* uniformizare sau armonizare, această prevedere atrage doar atenția asupra necesității convergenței juridice europene.

După cum bine se ştie, convergența juridică europeană se balansează astăzi între uniformizare şi armonizare juridică, în cadrul unei ordini juridice *sui generis*, având un caracter autonom şi cvasiconstituțional. Ea are, prioritar, la bază izvoarele derivate ale dreptului european, *e.g.* **regulamentele** şi **directivele** europene, prin intermediul cărora organele legitime ale UE legiferează în domeniile şi limitele recunoscute de tratatele constitutive. Acestora li se adaugă izvoare nescrise, incluzând aici principiile generale de drept european (implicit principiile ce guvernează raporturile dreptului european cu dreptul național), cutumele europene şi metodele de interpretare ce se degajă din jurisprudența CEJ (Bercea, 2007: 1).

2.3.1. Necesitatea unei profunde şi sistemice convergențe juridice europene

Cea mai mare provocare a convergenței juridice europene este existența, în cadrul spațiului juridic european comun, a unui număr în continuă creştere de sisteme de drept naționale (astăzi 28) şi a unei diversități semnificative de norme juridice, cu precădere în materie de drept privat, care ridică reale obstacole în calea instaurării unei Piețe Comune funcționale. În același timp, modul în care a fost edictat dreptul european scoate în evidență o lipsă totală de apetit pentru abordare sistemică şi sistematică, ceea ce l-a transformat într-un tot de norme juridice disparate şi incoerente (Mollers, 2000: 682-685; Wilhelmsson, 2002: 79). Mai mult, caracterul fragmentat al dreptului european conduce, inevitabil, la o fragmentare a sistemelor de drept naționale, acolo unde normele juridice europene se manifestă asemenea unei cutii cu surprize (*Jack-in-the-box*) (Wilhelmsson, 2002: 82) cu un potențial real de conflict (Schmid, 1999: 76-77). Ca urmare a acestei evidențe, s-a spus că **unificarea dreptului privat** în UE şi naşterea unui drept privat european nu reprezintă un obiectiv aflat sub dispută, ci, mai curând, sub atenta analiză a căilor de urmat pentru a-l atinge (Kirchner, 1997-1998: 673).

2.3.2. *Unificarea dreptului privat european şi spaţiul academic*

Dacă am avea în vedere doar prevederile tratatelor de bază ale UE, am ajunge la concluzia simplă că modalitatea esențială de realizare a apropierii/convergenței sistemice dintre legislațiile statelor membre o reprezintă edictarea de regulamente şi directive, cu respectarea procedurilor şi a competențelor stabilite. Or, problema rezidă în faptul că tocmai utilizarea aproximării prin regulamente/directive a creat incoerența şi fragmentarea legislativă în materie de drept privat mai sus amintită. Având în vedere limitele competențelor organismelor europene, o reală şi eficientă unificare a dreptului european, prin intermediul edictării unui drept privat european complet şi sistemic, nu are legitimitate. Oricât de bine ar fi conştientizate insuficiențele actualului nivel de convergență a dreptului european şi oricât de clară şi de tentantă ar fi opțiunea intensificării construcției sale legislative (de sus în jos), există evidente piedici de natură juridică şi, mai ales, politică în calea acestui demers. Tratatele de bază ale Uniunii sunt dificil interpretabile în sensul posibilității edictării centralizate a unui cod civil european şi, pe de altă parte, nu există, la nivelul statelor membre, voința politică necesară realizării unui transfer suficient de suveranitate care să încredințeze organismelor europene o asemenea competență. Prin urmare, au trebuit căutate alte soluții. Soluțiile au provenit, de regulă, din spațiul academic şi au vizat o unificare a dreptului european realizată de jos în sus, *i.e.* prin intermediul dialogului academic, ştiințific, între actorii dreptului european, prin naşterea unui limbaj comun european şi prin descoperirea fundamentelor conceptuale şi principiale comune ale dreptului privat european.

Aşa cum au arătat evoluțiile ultimelor decenii, problema uniformizării/unificării/armonizării dreptului european a devenit un subiect larg dezbătut nu doar în literatura de specialitate a doctrinei noii discipline a dreptului privat european, dar şi în rândurile comparatiştilor dreptului. În lumea academică, mai ales, s-au conturat o serie de idei şi direcții de abordare care, având ca numitor comun analiza comparativă, au încercat să propună soluții care să ia în calcul o serie de probleme şi posibile obstacole. Izvorâte, în principal, din inițiative neoficiale, academice, ele poartă emblema specială a profesionalismului şi analizei ştiințifice aprofundate. Această implicare a lumii academice scoate în evidență importanța chestiunii integrării juridice europene, dar şi dificultatea soluționării ei.

Vetus şi *novum Ius Commune Europeaum* reprezintă o teorie care, având la bază redescoperirea rădăcinilor comune ale dreptului privat european occidental, manifestate în trecut în cadrul lui *Ius Commune*, propune o unificare a dreptului european din perspectivă istorică[1]. Dincolo de pro-

[1] A se vedea *supra*, Capitolul V, secțiunea a 3-a, subsecțiunea 2.1.

blemele izvorâte, mai ales, din faptul că Estul Europei nu a fost parte din acest spațiu juridic comun, perspectiva valorifică interesant ideea unificării doctrinei europene de drept privat ca o premisă a unificării dreptului privat european.

„Manualele dreptului european" (*European Law Casebooks*). Acest proiect venit din lumea academică europeană a fost lansat în 1991, la Maastricht, în scopul de a pune la îndemâna studenților juriști europeni un instrument care să „descopere principiile generale comune care sunt deja prezente în dreptul viu al țărilor europene" (van Gerven, 1996: 68). Demersul nu şi-a asumat un rol de instrument al unificării dreptului european prin crearea de norme şi instituții europene noi, dar, nu mai puțin, el contribuie la lansarea şi promovarea unei culturi juridice europene în mediul academic (van Gerven, 2004: 161). Până în 2014 au fost publicate şase manuale în materie de: dreptul consumatorului, drept contractual, nediscriminare, proprietate, delicte şi îmbogățire fără justă cauză (http://www.casebooks.eu/casebooks/overview/). Manualele conțin, traduse în limba engleză, prevederi relevante ale codurilor naționale, decizii importante ale instanțelor naționale, extrase din manualele naționale, comentarii şi alte forme de literatură juridică națională, explicații, precum şi extrase din *Principiile dreptului contractual european* (Zimmermann, 2008: 549). În baza unui intens demers comparativ, manualele scot în evidență existența frecventă, dincolo de o serie de diferențe remarcabile, a unor soluții juridice similare (van Gerven, 2004: 161). Ca atare, ele sunt mai mult instrumente puse la dispoziția viitoarelor demersuri comparative decât analize comparative propriu-zise.

„Miezul comun al dreptului privat european" (*common core approach*). Demersul a fost demarat în anul 2002 de către doi comparatişti ai şcolii de la Trento (Italia), *i.e.* Mario Bussani şi Ugo Mattei, fără a fi un proiect oficial de unificare a dreptului european. Folosind **metoda chestionarului/abordarea studiului de caz** lansată în SUA de R. Schlesinger, precum şi teoria formanților dreptului aparținând lui R. Sacco (Bussani, 1998, 791-793), proiectul îşi propune să scoată în evidență, într-o perspectivă contextualizată, dinamică, diferențele şi asemănările dintre soluțiile juridice pe care diversele sisteme de drept europene le dau unor probleme concrete legate de contracte, obligații şi proprietate (Bussani, 2000: 86-87). Nefiind un demers de unificare a dreptului, analiza nu este bazată pe o accentuare a similitudinilor, ci mai curând pe o „cartografiere" cât mai fidelă a hărții realităților juridice europene în materie de drept privat. Membrii Proiectului se declară astfel interesați de diversitatea culturală şi de pluralismul juridic. Nu mai puțin, însă, ca şi cazul proiectului manualelor dreptului european, demersul miezului comun aspiră la sprijinirea naşterii unei culturi juridice europene (Bussani, 2000: 88, nota10). Nu în ultimul rând, autorii proiectului recunosc

posibila utilizare a rezultatelor cercetării în procesul de uniformizare/armonizare a dreptului european (Bussani, 2000: 89).

"Principiile dreptului contractual european" reprezintă un proiect demarat în 1982 de profesorul danez O. Lando şi de echipa de specialişti ai acestuia (Comisia Lando), reprezentând toate statele membre ale Uniunii. După decenii de cercetare asiduă, Comisia a publicat *Principiile dreptului contractual european*, în trei părţi (1995, 2000, 2003), primele două analizând problema contractelor, iar cea de-a treia abordând problematica generală a dreptului obligaţiilor. Spre deosebire de proiectul miezului comun, acest proiect îşi propune să delimiteze, printr-un remarcabil efort comparativ, din sistemele de drept ale statelor membre ale UE esenţa dreptului contractual şi să propună norme noi, inexistente ca atare în niciunul din sistemele de drept europene. Este un demers comparativ-juridic ce „vânează" cu insistenţă similitudinile între sistemele de drept avute în vedere, la un nivel de generalitate suficient de ridicat încât să asigure noilor instituţii juridice neutralitatea necesară acceptării lor unanime. *Principiile* au fost concepute, după modelul american, ca un cod-model menit să fie un instrument deopotrivă util practicienilor, legiuitorului naţional şi european, precum şi lumii academice.

Codul civil european. Proiectul a pornit de la o iniţiativă politică a Parlamentului European din 1989 (reluată în 1994) şi are la bază expres cercetarea realizată de Comisia Lando, începând cu anii 1980, cu privire la principiile dreptului contractual european. Aceste Principii se doresc a fi primul pas spre realizarea unui Cod civil european complex, menit să acopere largi părţi ale dreptului obligaţiilor, *e.g.* contracte, delicte, restituire, îmbogăţire fără justă cauză. Proiectul Codului civil european este susţinut, din 1998, de un grup de experţi conduşi de profesorul german Chr. von Bar (*Study Group on a European Civil Code*).

Codul civil european este considerat de mulţi ca fiind unica soluţie pentru a pune ordine în hăţişul şi incoerenţa legislativă create, la nivelul dreptului intern al ţărilor membre şi la nivelul dreptului comun, de numărul tot mai mare de directive europene (Alpa, 1999: 6; Basedow, 2001: 43; Zimmermann, 2008: 546). Aşa cum remarca Kirchner, „dacă integrarea deplină cu o singură ordine juridică naţională este scopul principal al dreptului european, codificarea la nivel european ar fi instrumentul ideal pentru a atinge acel scop" (Kirchner, 1997-1998: 677). Dincolo de aspectele teoretice, însă, ideea Codului civil european s-a lovit de o rezistenţă doctrinară acerbă, izvorâtă atât din caracterul supranaţional al Uniunii, din ipotetica lui impunere de sus în jos (Basedow, 2001: 47), cât şi din nevoia postulării diversităţii culturale şi pluralismului în drept. Chiar dacă problema autoritarismului juridic a fost întru câtva atenuată de pronunţarea Comisiei Europeane (2001) în favoarea unor principii comune ale dreptului contractual menite să

funcționeze ca model neobligatoriu pentru statele membre (*Draft-Common Frame of Reference*), chestiunea legitimității democratice, a culturii juridice europene şi a pluralismului cultural-juridic a rămas la fel de stringentă[1].

Unificarea lingvistică. O perspectivă care susține pe deplin integrarea juridică la nivel european nu poate ignora diversitatea sistemelor de drept naționale şi chiar a culturilor juridice naționale. O perspectivă lejer culturalistă nu poate fi insensibilă la ideea conform căreia între o cultură juridică, limbajul şi limba care o conceptualizează există o legătură strânsă. Pentru adeptul convergenței juridice europene, acest aspect nu poate să fie neapărat pozitiv, dimpotrivă, diversitatea lingvistică se poate manifesta ca o piedică în calea unei convergențe juridice complexe. Cu precădere în practica juridică, discordanța dintre conceptele sistemului *common law* şi al dreptului civil/romano-germanic constituie un obstacol serios pentru orice demers de armonizare sau unificare juridică la nivel european (Tallon, 1990: 517). Ca urmare, **limba** ar trebui transformată într-un instrument al integrării, prin intermediul unui schimb constant de concepte şi perspective (van Hoecke & Warington, 1998: 533). Scopul este unul pur unificator: crearea unui **limbaj juridic comun european**. Demersul ar trebui să aibă loc atât din motive de ordin academic, cât şi din motive de ordin practic, *e.g.* un limbaj juridic unic ar fi un context ideal pentru crearea şi aplicarea unei legislații europene unificate, de genul Codului civil european.

Problema nu este totuşi foarte simplu de pus şi nici de rezolvat, în condițiile în care diversitatea lingvistică dublează diversitatea cultural ca o trăsătură particulară a Europei. În momentul în care nevoia de înțelegere între juriştii europeni devine un obiectiv major şi o necesitate ineluctabilă, problema construcției unui limbaj juridic comun şi menținerea, totodată, a diversității cultural-lingvistice se ridică cu acelaşi impact ca şi problema cvadraturii cercului. Pentru unii, rezolvarea acestei probleme rezidă în tipul şi gradul de unificare lingvistică a dreptului european. Pe de o parte, se poate pune problema unui **limbaj legislativ uniformizat** (nu unificat) prin decelarea, pe cale comparativă, a unor principii generale ale dreptului european contractual care să fie, în mod obligatoriu, integrate în sistemul juridic al fiecărui stat membru şi care să conțină definiții juridice destul de precise şi sintetice pentru a fi acceptate de către toți (după modelul celor propuse de Comisia Lando) (Campana, 2000: 43). Mai apoi, un **limbaj legislativ armonizat** poate fi obținut, în materie de interpretare a directivelor, tot cu ajutorul demersului comparativ, prin stabilirea unor principii generale ale dreptului menite să reducă divergențele conceptuale între diversele sisteme de drept naționale (*idem*: 44). Nu în cele din urmă, un **limbaj jurispruden-**

[1] A se vedea *infra*, Capitolul IX, secțiunea a 5-a.

țial comun poate fi obținut ca urmare a demersurilor comparative ale CEJ şi ale actorilor dreptului național (*idem*: 48).

Lucrurile devin însă şi mai complicate dacă avem în vedere diferența dintre limbă şi limbaj, precum şi legăturile intime dintre acestea, ca să nu mai pomenim despre legătura strânsă dintre limbă şi cultura poporului care o utilizează. Degeaba s-ar construi la nivel academic un limbaj juridic comun, în limba engleză, de exemplu, dacă la nivelul practicii el ar trebui echivalat în limbile oficiale ale statelor membre ale UE. Construcția unui limbaj juridic european, în contextul menținerii echității lingvistice în Europa, nu rezolvă problema deficiențelor în ceea ce priveşte traducerea termenilor juridic dintr-o limbă în alta. Nu întâmplător, utilizarea interpretării metalingvistice de către CEJ, *i.e.* care ia în considerare finalitățile politicii economice europene şi nu semantica lingvistică, ca răspuns la dificultățile de traducere ale textelor juridice europene, s-a realizat în paralel cu recurgerea treptată la doar două limbi de lucru: franceza şi engleza (Urban, 2000: 56-57). Ar rezulta că un limbaj juridic european comun funcțional fără o limbă europeană comună este cu greu de conceput. Altfel, am rămâne continuu la îndemâna capcanelor traducerii lingvistico-juridice pe care dreptul comparat se fereşte a o aborda cu optimism. Pe de altă parte, chiar dacă demersul de utilizare pe scară tot mai largă a limbii engleze în comunicarea comercială, economică şi politică s-ar generaliza şi la nivelul juridicului, prin apariția unui limbaj juridic european în limba engleză, ar rămâne în continuare problema compatibilității cultural juridice: limba engleză este limba ce stă la baza limbajului juridic al *common law* (Kjaer, 2003: 384). Pentru a se depăşi şi acest obstacol, ar trebui să discutăm despre contribuția dreptului comparat la naşterea unei culturi juridice europene care să susțină un asemenea limbaj juridic comun[1].

"Mişcarea liberă a normelor juridice" este o idee ce se doreşte a deveni o alternativă de unificare la orice demers autoritar de a impune, de sus în jos, un drept uniform printr-un instrument juridic obligatoriu de respectat, edictat de către organismele europene abilitate. Având la bază problematica transplantului juridic şi aplicația specifică dată acesteia de perspectiva „Drept şi economie", această teorie susține că cea mai corectă cale de unificare a dreptului privat european este a lăsa practicienii direct implicați în mişcarea Pieței Comune europene, *i.e.* judecători, avocați, oameni de afaceri, să aleagă ei, de comun acord, cele mai eficiente norme juridice de pe piața europeană a soluțiilor juridice în materie şi să le aplice în raporturilor lor comerciale (Smits, 1998: 337-339). Procesul ar fi de durată, dar natural, cu o unificare a dreptului manifestată de jos în sus, evitând astfel orice fel de autoritarism politic al Bruxellesului, manifestat prin impunerea

[1] A se vedea *infra*, Capitolul IX, secțiunea a 5-a, subsecțiunea §3.

unui text juridic negociat la vârf. Ideea de mişcare liberă a normelor juridice provine de la posibilitatea practicienilor de a se regrupa în jurul altor norme juridice în momentul în care cele selectate inițial nu s-au dovedi eficiente.

2.3.3. Rolul dreptului comparat[1]

Întregul demers de realizare a convergenței juridice europene este marcat de contribuția semnificativă, uneori decisivă, a dreptului comparat. Acest aspect este evident în cadrul demersului de unificare, de jos în sus, a dreptului privat european. Implicarea specialiştilor în drept comparat a fost inevitabilă, punând în slujba convergenței juridice europene complexitatea metodologiei comparării juridice. Pe de altă parte, aşa cum vom încerca să scoatem în evidență mai jos, dreptul comparat este prezent în toate etapele de edictare şi aplicare, de sus în jos, a dreptului european. Acest lucru rezultă, inevitabil, din numărul mare al sistemelor de drept naționale implicate, din diversitatea lingvistică a discursului juridic european, din nevoia de uniformitate juridică, precum şi din nevoia de unitate a dreptului european.

Construcția ordinii juridice europene reuneşte nu doar sisteme de drept naționale diferite, dar şi tradiții juridice diferite ce se identifică prin evoluții istorice distincte şi printr-o metodologie juridică particulară. Construcția europeană limitată la continentul european dominat de tradiția dreptului civil ar fi făcut, probabil, acest proces mai uşor de atins şi dotat cu şanse mai mari de succes chiar dacă, înăuntrul acestei familii juridice, tradiția juridică romană şi tradiția juridică germană se caracterizează prin elementele ce le diferențiază clar una de cealaltă. Adevărata problemă a apărut însă în momentul în care integrarea europeană a Marii Britanii şi a Irlandei a introdus tradiția *common law* în spațiul juridic oficial al Comunității Europene. Din acel moment, construcția ordinii juridice europene a însemnat „lupta" dintre cele două importante tradiții juridice.

Ajungând față în față în contextul edificării UE, tradiția dreptului civil/ romano-germanică şi tradiția *common law* sunt obligate să interacționeze. Acest fapt nu înseamnă că cele două tradiții juridice au fost izolate una de cealaltă şi că semne ale influenței reciproce au lipsit înainte de demararea procesului integrării juridice europene. Nu o singură dată, provocați de reforma propriului sistem de drept național, juriştii englezi şi irlandezi, precum şi cei continentali au utilizat instrumentele importului juridic rațional şi irațional pentru a se inspira fiecare din soluțiile juridice ale celorlalți (Örücü, 1999: 40-43; Lewis, 1995: 49-50). În acest moment, ambele tradiții

[1] Această secțiune are la bază articolul nostru *Rolul dreptului comparat în construcția dreptului Uniunii Europene,* în Revista Română de Drept European nr. 4/2013, pp. 90-102.

juridice sunt forțate să fie conștiente de alteritatea lor și obligate să intre în contact cu aceasta. În consecință, dincolo de reforma juridică națională, construcția dreptului european nu este doar o problemă de voință politică națională dar, în același timp, și o problemă a consensului politic și juridic între partenerii europeni. În mod special, edificarea dreptului european nu poate fi, cel puțin teoretic, un rezultat al imperialismului juridic între statele membre ale Uniunii și, în consecință, nicio soluție juridică națională nu poate fi acceptată *ab initio*. Filosofia lui „cucerește (...) înfige steagul și învinge pe băștinași" dezvoltată de poporul englez (Ward, 1995: 24) nu-și găsește locul aici. Fără a exclude, totuși, vanitatea juridică națională din această ecuație, a crea dreptul european este un proces voluntar și rațional a cărui împlinire ar trebui să se realizeze cu ajutorul instrumentelor dreptului comparat. Întreg acest demers a determinat, la nivelul continentului european, mutarea nesperată a accentului preponderent teoretic pus pe abordarea comparativ juridică în cadrul mediului academic pe dimensiunea practică a dreptului comparat, în contextul convergenței juridice la nivelul UE. Prin aceasta s-a inaugurat, inevitabil, o adevărata „eră a dreptului comparat" (Legrand, 1996: 279) în cadrul căreia compararea juridică nu mai pare a fi doar apanajul unui grup restrâns de teoreticieni excentrici închiși în laboratoarele universitare, ci un adevărat mod de a gândi și a construi practic dreptul într-o arie juridică de dimensiuni impresionante.

Apelul la dreptul comparat pare a fi astăzi aproape obligatoriu, în condițiile în care el pare cel mai eficient mod de a obține integrarea juridică la nivel european (Dehousse, 1994: 762-764; Dutoit, 2002: 185-199). Astfel, a construi dreptul european este o comandă politică însă, în același timp, o sarcină serioasă pentru elita juridică ce se raportează la această metodă specială de a edifica dreptul. Doar dreptul comparat poate „oferi bazele comparative pe care să se dezvolte un sistem de drept pentru toată Europa (...) luând anumite ramuri ale dreptului (...)și arătând care norme sunt general acceptate pretutindeni în Europa și dacă ele se dezvoltă pe direcții convergente sau divergente (...)" (Zweigert & Kötz, 1998: 29-30). Astfel, dreptul comparat se transformă, într-o primă etapă, într-un instrument de radiografiere a actorilor și a complexității peisajului juridic european, precum și a provocărilor ce decurg de aici pentru construcția juridică europeană. El este capabil să identifice clar elementele acesteia. În acest proces, atât tradiția dreptului civil, cât și cea a *common law* sunt implicate și evaluate într-o abordare „intersistemică" specifică (van Hoecke & Warrington, 1998: 533). Drept consecință, utilizarea dreptului comparat ca instrument al procesului integrării juridice în Europa restrânge, inevitabil, obiectul comparării juridice la tradițiile juridice europene și o condamnă pe aceasta la o „abordare a

depravării juridice" (Hussa, 2006: 85) unde tradițiile juridice noneuropene sunt neglijate și chiar discriminate.

Inevitabil, acest demers comparativ va fi unul care va „vâna" constant, cel puțin din perspectiva specialiștilor dreptului comparat, **similitudinile** între sistemele de drept naționale și culturile juridice europene avute în vedere. Dreptul comparat dobândește astfel o „importanță strategică" (van Gerven, 2001: 493) deoarece pare a fi cel mai eficient mijloc pentru a descoperi principiile generale comune sistemelor de drept naționale europene. Acest lucru este firesc, având în vedere că agenda juridică europeană este una a unificării. Apelul la *vetus ius commune* (Zimmermann, 1994, 217 și urm.), proiectul „miezului comun" al dreptului european (Lando, 1997-1998: 809 și urm.), codificarea dreptului privat, afirmarea bazelor culturale comune în cadrul unei așa numite culturi juridice occidentale, toate acestea sunt demersuri comparative conștiente de postulare a similitudinii.

Recurgerea la dreptul comparat în construcția juridică europeană, atât la nivel legislativ, cât și judiciar (Lenaerts, 2003: 111-168), ne-**ar putea conduce la ideea unei receptivități juridice conștiente și voluntare la nivel național** a dreptului european, ceea ce ar putea face procesul contaminării juridice și al iritării juridice (Teubner, 1998: 11-32) o chestiune de reciprocitate. Problema devine delicată, în măsura în care agenda integrării juridice europene prin intermediul postulării similitudinilor în dreptul comparat contravine atât agendei europene a pluralismului cultural, cât și agendelor naționale în materie de identitate juridică. Aici se poate ridica o întrebare cât se poate de legitimă: în ce măsură este productiv a se utiliza dreptul comparat doar ca instrument unidirecționat spre detectarea similitudinilor în scopul uniformizării juridice europene? Pe de altă parte, ne putem întreba în ce măsură acest lucru este realmente posibil în procesul de edictare și aplicare a dreptului european?

În general, pionierii unificării dreptului (privat) european își pun mari speranțe în dreptul comparat, considerând că acesta are capacitatea de a realiza acest mult dorit proiect și, totodată, să menajeze dorința sistemelor de drept naționale ale statelor membre de a-și conserva, pe cât posibil, identitatea juridică. În aceste condiții, se consideră că lipsa abordării comparative în procesul construcției juridice europene poate determina o reacție de respingere din partea sistemelor de drept naționale, cum s-a întâmplat în cazul *EC Telecoms Liberalisation*, și poate conduce la insuccesul proiectului comunitar (van der Mensbrugghe, 2003: 41-66). Foarte multe se așteaptă, în acest sens, de la așa-numita „abordare funcționalistă" care, prezumtiv concentrată asupra contextului socio-cultural, poate încerca să evite inconvenientele incompatibilității dintre instituțiile juridice europene ce se doresc a fi implementate și cultura juridică a sistemului de drept național

ce le receptează şi, în cele din urmă, poate transforma procesul armonizării şi adaptării juridice într-un real succes. Apare aici însă o problemă reală legată de capacitatea metodei funcționaliste, bazată pe o imbatabilă *presumtio similitudinis,* să garanteze menajarea identităților juridice naționale. Metoda funcționalistă nici nu îşi propune şi nici nu poate să garanteze aşa ceva. Agenda ei este una exclusiv a prelevării similitudinilor din profunzimile sistemelor de drept europene (Niglia, 2006: 406), iar teoretica abordare contextuală socio-culturală vizează tot afirmarea similitudinilor între sistemele de drept studiate[1]. În consecință, este cert că utilizarea dreptului comparat în procesul de uniformizare a dreptului european prin postularea similitudinilor între sistemele de drept naționale nu poate şi nici nu va avea ca finalitate menajarea identității juridice a acestora prin conservarea particularităților lor, ci prin afirmarea aspectelor care le aseamănă. Intervine aici un paradox: cu cât dreptul comparat evidențiază asemănări cu un caracter mai general şi mai abstract între sistemele de drept naționale ale statelor membre (principii generale), cu atât fiecare dintre acestea are şansa de a se recunoaşte şi afirma prin ele. Acest lucru face din afirmarea comparativă a similitudinilor o modalitate mai fericită de uniformizare a dreptului privat european decât impunerea, tot pe cale comparativă, a unei anumite soluții naționale ca soluție unică europeană, decât construcția unei soluții juridice autonome sau decât soluția importării unei soluții juridice din afara spațiului european.

Ca urmare, ideea evitării capcanei accentuării exclusive a similitudinilor dintre sistemele de drept naționale în procesul integrării juridice europene (Hondius, 1994: 99-121) nu are ca finalitate prezervarea particularităților sistemelor de drept naționale, ci scoaterea lor din ecuație (Niglia, 2006: 406). În mod firesc, nu se poate ridica problema integrării şi a detectării similitudinilor până ce acelaşi drept comparat nu face o evaluare a diversității juridice, prin prelevarea divergențelor juridice (Robert, Usunier, 2004: 230-231). Este, prin urmare, evident faptul că **postularea diferențelor juridice** reprezintă, pentru comparatistul angajat în integrarea juridică europeană, mai curând **o premisă metodologică** decât finalitatea demersului comparativ. Diferențele constatate sunt depăşite fie prin postularea similitudinilor, fie, în condițiile în care diferențele sunt prea proeminente, prin apelul la alte soluții juridice care să asigure unitatea dreptului european.

În condițiile afirmării totale a similitudinilor, integrarea juridică prin unificare ar putea deveni pentru juristul comparatist, în contextul dreptului comparat perceput ca postulare perpetuă a alterității în drept (Legrand, 1996: 293 şi urm.), mai curând o sinucidere ştiințifică decât o amplificare a unei misiuni ştiințifice. În măsura în care dreptul (privat) european ar fi pe deplin

[1] A se vedea *infra,* Capitolul VI, secțiunea a 4-a.

unificat ca urmare a procesului de detectare comparativă a similitudinilor între sistemele de drept naționale ale statelor membre, comparatiştii nu ar mai avea ulterior ce compara. Procesul integrării juridice europene conferă totuşi acestei finalități o potențialitate teoretică, în condițiile în care, aşa cum se va observa mai jos, obiectivul convergenței juridice europene este urmărit din perspective şi la latitudini diferite de elita ştiințifică, de legiuitorul european sau de către practicieni. În viziunea legiuitorului european convergența juridică nu depinde de realizarea uniformității juridice şi nici măcar obligatoriu de apelul la dreptul comparat. În cadrul convergenței juridice realizate de sus în jos, dreptul comparat şi postularea similitudinilor îşi găsesc concurenți şi chiar adversari în lobby-ul economic şi politic, în orgoliile juridice şi politice ale statelor membre, în competențele limitate ale organismelor europene în edictarea dreptului european, în principiul subsidiarității, precum şi în asumarea oficială a pluralismului cultural, implicit cultural-juridic. La nivelul elitei ştiințifice, dreptul comparat şi postularea similitudinilor reprezintă instrumentul cel mai eficient de convergență de jos în sus la nivelul dreptului privat european.

A. Rolul dreptului comparat în edictarea dreptului european

Pentru realizarea convergenței juridice europene, compararea juridică ar trebui să aibă un rol central în procesul de edictare a dreptului european. Atât pentru stabilirea marjei de intervenție normativă a organismelor abilitate comunitare, în cadrul principiului subsidiarității, cât şi pentru a aplica riguros principiul proporționalității, este obligatoriu să se facă studii comparative aprofundate. Acestea ar trebui astfel să stabilească în ce măsură integrarea juridică este necesară şi posibilă, nivelul de integrare (Stauder, 2002: 14), precum şi modalitățile de atingere a acesteia. Acest demers scoate în evidență faptul că unificarea/armonizarea dreptului nu sunt finalități în sine şi că, acolo unde obiectivele Uniunii se pot atinge în prezența unui grad înalt de pluralism juridic, acesta trebuie conservat. Chiar dacă s-ar constata că nu se doreşte sau nu este posibil un nivel înalt de integrare, iar marja de apreciere ce urmează a fi recunoscută statelor membre în procesul de transpunere este mare, utilizarea dreptului comparat în elaborarea normei de drept comunitar trebuie să aibă loc. O soluție juridică pertinentă, obținută pe baze comparative, poate reduce incidența marjei de apreciere a statelor membre şi poate contribui la o reală armonizare juridică. Directivele, cel mai important instrument al integrării juridice europene, vor avea, în consecință, succes în procesul de transpunere şi aplicare doar în condițiile intensificării analizei comparative ce se realizează la nivelul bucătăriei interne a legiuitorului comunitar (Miallot, 2004: 120-121).

Dincolo de acest deziderat cu coordonate mai mult teoretice, este inevitabil ca, în practică, noul produs juridic, rezultat din compararea funcțională realizată la Bruxelles, să nu reușească a se potrivi perfect cu sistemele juridice și culturile juridice naționale (Kirchner, 1997-1998: 676). Situația este întâlnită în contextul **integrării/unificării juridice descendente**. În cadrul acestui proces, demersului comparativ care are loc la nivelul legislativului comunitar este uneori deficitar, nesistematic și chiar facultativ (Wainwright, 2003: 99-108). Din nefericire, nu există la nivelul organismelor legiuitoare europene o metodologie legislativă clară și transparentă care să stabilească rolul și importanța dreptului comparat (Brun, 2002: 109), fapt care conduce, uneori, la incoerență în substanța diverselor directive. Alteori, considerente de ordin politic (Taschner, 2002: 64-65; Forrester, 2002: 100-103) și economic sau chiar lupta statelor membre pentru a-și impune propria soluție juridică recomandă renunțarea completă la dreptul comparat. I. Smits susține chiar faptul că apelul birocraților europeni la compararea soluțiilor juridice ale statelor membre este mai curând formal. Pentru a legifera într-o anumită problemă, Comisia Europeană trebuie să demonstreze că diversitatea soluțiilor juridice naționale împiedică buna funcționare a Pieței Comune. Ca urmare, au loc trimiteri la legislația statelor membre care, se pare, reprezintă mai mult un paravan pentru o decizie politică (Smits, 2012: 181).

Pe de altă parte, în condițiile în care se merge pe varianta „celei mai bune soluții" (Stauder, 2002: 17), este inevitabil ca unele dintre sistemele de drept naționale ale Uniunii să fie iritate de noua soluție juridică. Nu de puține ori, „cea mai bună soluție", preluată conceptual și/sau instituțional, nu este cea practicată de majoritatea statelor comunitare, ci una adoptată de o minoritate restrânsă, dar care se potrivește perfect cu scopurile Uniunii (*idem*: 19-26). Alteori, este posibil ca soluția juridică obținută în urma demersului comparativ să fie o sinteză a soluțiilor naționale (*idem*: 26-27) sau chiar o soluție autonomă (*idem*: 33-36). În aceste condiții, efectele pro sau anticomunitare ale transpunerii directivelor în sistemele de drept naționale vor fi mai mult sau mai puțin întinse după cum, în urma unui proces de comparare între prevederile directivelor și dreptul național, legiuitorul național, în limitele marjei sale de apreciere, va înțelege să sacrifice dreptul național pentru cel comunitar (așa cum, de fapt, ar și trebui în virtutea priorității dreptului comunitar) sau va sacrifica dreptul comunitar în favoarea celui național pentru a asigura integritatea și coerența sistemului său de drept (Taschner, 2002: 67-68). Ca urmare, demersul comparativ făcut de legiuitorul național este pus în slujba re-naționalizării dreptului european, cu consecințe negative pentru procesul integrării juridice europene. Toate aceste aspecte scot în evidență nu doar pericolele ce rezultă din posibila transformare a specialistului în drept comparat într-un actor politic și instru-

mentalizarea excesivă a comparării juridice în scopul de a obține maximum de similitudine juridică, ci şi limitele reale ale comparativismului juridic în contextul construcției juridice europene (Ward, 1995: 30-33).

Proiectul Codului civil european, ca formă eficientă de sistematizare, se înscrie şi el în grupa posibilelor metode de unificare descendentă a dreptului european. Fiind un demers izvorât din şi sprijinit de organismele UE, el ar urma să fie trecut prin procedura legislativă europeană şi trimis spre aplicare unitară statelor membre. Pentru unii, această perspectivă reprezintă o scădere majoră a proiectului. Pentru alții, ceea ce-l salvează totuşi, este faptul că s-a conturat de-a lungul timpului ca un proiect academic. Ca atare, el s-a dezvoltat şi se dezvoltă pe baze ample şi sistematic comparative. Ca orizont comparativ, s-a propus cu insistență o analiză a codificării europene în materie de drept privat în oglindă cu bine-cunoscutele *Restatements of Law* elaborate de American Law Institute. Acestea ar putea oferi un model eficient pentru o codificare bazată pe persuasiune şi nu pe norme juridice obligatorii şi care, în acelaşi timp, îmbină cu succes tradițiile juridice ale dreptului civil/romano-germanică şi ale *common law* (Reimann, 1998-1999: 1337 şi urm.).

Şanse mult mai mari ca soluția juridică obținută prin comparare să fie compatibilă cu sistemele de drept naționale şi cultura juridică a acestora există în cadrul **integrării/unificării juridice ascendente** (de jos în sus). Soluția juridică este în acest caz obținută, de regulă, prin metoda „miezului comun" al instituțiilor juridice luate în considerare, astfel că rezultatul obținut este o sinteză sau un hibrid al soluțiilor anterioare (Robert, Usnier, 2004: 232). Sinteza reprezintă o creație nouă ce ia fie forma unui concept, fie a unui principiu, pe când hibridul reprezintă o selecție de aspecte mai interesante aparținând sistemelor de drept naționale (Robert, Usnier, 2004: 236). Dincolo de atractivitatea teoretică a acestui demers metodologic, rămâne de văzut în practică în ce măsură comparatiştii reuşesc să analizeze toate sistemele de drept care ar trebui avute în vedere sau iau în calcul doar sistemele de drept relevante. Probleme metodologice pot să apară şi în momentul în care se aplică metoda „celei mai bune soluții". În cazul în care se constată că „miezul comun" nu reprezintă soluția cea mai potrivită, apelul la o soluție complet nouă, la una preluată din afara cercului sistemelor de drept ale statelor membre sau preluarea unei soluții juridice aparținând unuia din sistemele de drept europene ca cea mai bună soluție poate conduce la tensiuni în rândul culturilor juridice europene şi al orgoliilor juridice naționale. Nu în ultimul rând, metoda celei mai bune soluții ridică probleme serioase legate de legitimitatea, oportunitatea şi valoarea ştiințifică a judecăților de valoare făcute de cei implicați în demers (Örücü,

2004: 37-38)[1]. Un demers comparativ, poate nu la fel de asiduu şi calificat ştiinţific, având la bază importul unor soluţii juridice prin intermediul detectării celei mai eficiente, are loc şi în cazul variantei unificării dreptului privat european prin **mişcarea normelor juridice**. În ciuda obiecţiilor ce i s-ar putea aduce cu privire la posibilitatea şi eficienţa unei unificări a dreptului privat european atinsă pe această cale, alternativa e interesantă sub aspectul problematicii dreptului comparat. Pe de o parte, ea implică practicienii dreptului într-un proces comparativ confiscat, de regulă, de către doctrinari şi, pe de altă parte, îi supune pe aceştia unui demers de analiză funcţională a tuturor soluţiilor juridice aflate pe piaţă.

În acest context, ideea de hegemonie juridică este intens diluată, iar sistemele de drept naţionale cu particularităţile lor devin cu adevărat parteneri egali la construcţia unei noi soluţii juridice care să ţină cont de realitatea acestei pluralităţi juridice. În acelaşi timp, pentru o unificare de succes a dreptului european, trebuie avut permanent în vedere, în cadrul demersului comparativ la acest nivel, dreptul european cu toate particularităţile sale (Zimmermann, 2008: 576). Alături de sistemele de drept naţionale şi de cele două tradiţii juridice europene, dreptul european s-a dezvoltat în mod autonom şi trebuie respectat ca atare. Orice construcţie de unificare juridică la nivelul UE, oficială sau neoficială, ar trebui să aibă în vedere nu doar concordanţa cu sistemele de drept naţionale, ci şi concordanţa cu deja existentul drept european. Tocmai de aceea, eventuala construcţie a unei „legi-model" în materie de drept privat european, după tipul cunoscutelor *Restatements* nord-americane, de către un potenţial Institut european de drept ar trebui să fie o muncă de reconciliere a rezultatelor analizelor comparative realizate în cadrul diverselor proiecte academice de unificare a dreptului european cu directivele europene şi cu principiile dezvoltate de CEJ (Schmid, 1999: 88).

B. Rolul dreptului comparat în aplicarea dreptului european

Integrarea juridică europeană este unul dintre exemplele ilustrative pentru transformarea radicală a **rolului** şi **locului** corpului judecătoresc în interiorul sistemului de drept naţional, pentru recalificările metodologice ce ar trebui să aibă loc/care au loc în activitatea judecătorească, ca urmare a co-ordonării dreptului naţional cu dreptul comunitar. **Judecătorul naţional** este principalul actor care dă expresie, ca judecător de drept comun, principiilor efectului direct, efectului imediat şi principiului prevalenţei interne a dreptului comunitar stabilite şi dezvoltate de CEJ în jurisprudenţa sa (Bercea, 2007: 205 şi urm.). Rolul său devine astfel esenţial pentru corecta

[1] A se vedea *infra,* Capitolul VII, secţiunea a 3-a, subsecţiunea 2.1.

aplicare a dreptului comunitar şi, implicit, pentru realizarea obiectivelor comunitare în statul membru. Această poziție cheie a instanțelor naționale a fost stabilită, pe cale jurisprudențială, de CEJ, ca **obligație** de a executa dreptul comunitar pe teritoriul lor, obligație care se impune (este opozabilă) tuturor autorităților statelor membre (C.J.C.E., 10 aprilie 1984, *Von Colson şi Kamman, cazul 14/83*).

Rolul jucat de instanțele naționale în aplicarea dreptului comunitar nu este întâmplător şi nici lipsit de un impact pozitiv. Aplicarea unitară a dreptului comunitar de către instanțele naționale, sub coordonarea CEJ, determină o mai rapidă şi eficientă integrare a acestuia în dreptul statelor membre, contribuind, astfel, la conservarea uniformității sistemului de drept european. În acelaşi timp, aplicarea dreptului comunitar de către instanțele naționale conferă acestuia legitimitate în ochii statelor membre, eliminând pericolul ca acestea să ignore hotărârile judecătoreşti date de propriile lor instanțe, mai ales în procesul de aplicare a directivelor europene (Maher, 1994: 234-235). Integrarea în UE oferă, de asemenea, judecătorului național o poziție aparte față de propriul sau drept național, mergând de la dreptul de a ignora normele de drept național până la **dreptul de a crea norme juridice**. Astfel, în momentul în care aplică dreptul european, în calitate de judecător european de drept comun, judecătorul național este obligat **să dea prioritate**, chiar şi din oficiu, acestuia față de normele dreptului intern, indiferent pe ce loc s-ar afla în ierarhia internă a izvoarelor dreptului (C.J.C.E., 9 martie 1978, Simmenthal, C-106/77). Acelaşi judecător național este obligat **să interpreteze** propriul drept național „în măsura în care este posibil" (C.J.C.E, 13 noiembrie 1990, Marleasing, C-106/89) conform dispozițiilor şi obiectivelor directivelor comunitare. În scopul de a proteja drepturile individuale conferite de dreptul comunitar, judecătorul național poate **crea**, în lipsa unor mijloace procedurale eficiente oferite de dreptul său intern, proceduri de recurs necesare pentru invocarea acestor drepturi, proceduri ce se conturează astfel ca „o echivalență de protecție jurisdicțională" (Canivet, 2003: 87). Judecătorul național poate crea, în dreptul național, şi acțiuni specifice menite să ofere o reparație adecvată drepturilor individuale comunitare violate. Aceste aspecte aruncă o responsabilitate uriaşă pe umerii instanțelor naționale. Aşa cum remarca, în 1973, celebrul judecător italian al CEJ, P. Pescatore,

> "dreptul comunitar nu poate să-şi îndeplinească funcția dacă este incapabil să prevaleze pur şi simplu, în caz de conflict asupra prevederilor dreptului național. Cu alte cuvinte, prevalența față de dreptul național este pentru dreptul comunitar o cerință „existențială" reală şi, pentru acest motiv, absolută şi imperativă (...)" (Pescatore, 1973: 46).

Asumarea acestei responsabilități ridică, inevitabil, probleme legate de mentalitatea juridică pe care judecătorul național o manifestă şi cultura juridică ce-i determină, epistemologic, activitatea. Această perspectivă „culturalistă" este, în opinia noastră, o abordare utilă pentru înțelegerea problemelor care ar putea apărea efectiv în activitatea judecătorească de aplicare a normei comunitare şi, în acelaşi timp, un proiect posibil de soluționare a acestor probleme.

În ceea ce priveşte **problemele**, ele pot viza faptul că: a. judecătorii naționali, deşi sunt recrutați şi salarizați de statele membre, ar trebui să acționeze ca instanțe comunitare, uneori chiar cu ignorarea dreptului național. Acest aspect ridică probleme legate de suveranitatea națională şi supremația constituției; b. judecătorii naționali pot avea o reticență cu privire la aplicarea unor principii generale ale dreptului pe care nu le-au dezvoltat ei înşişi (Boyron, 1998: 172). Acest aspect ridică probleme legate de legitimitatea dreptului european în chiar ochii instanțelor ce trebuie să-l aplice; c. în tradiția juridică romano-germanică poate fi problematic pentru un judecător să se raporteze la jurisprudență ca la un izvor formal al dreptului. Acest aspect ridică probleme legate de forța juridică a principiilor dreptului european edificate în jurisprudența CEJ; d. în tradiția juridică a *common law*, este dificil pentru un judecător să aplice metodologia interpretării dreptului european bazată pe metoda teleologică, recomandată de CEJ pentru interpretarea directivelor. După cum se observă, atitudinea judecătorilor naționali față de interpretarea şi aplicarea dreptului european din perspectiva principiilor de aplicare stabilite pe cale jurisprudențială de CEJ este destul de variată şi problematică. Ea este firesc dictată de modul în care judecătorii aparținând unei culturi juridice sau alteia înțeleg dreptul şi acționează în funcție de viziunea lor epistemologică. De aceea, este cât se poate de normală ridicarea unui semn de întrebare cu privire la capacitatea instanțelor naționale de a contribui efectiv la armonizarea sistemelor de drept naționale cu dreptul comunitar, la convergența dintre tradițiile juridice romano-germanică şi *common law* (Hondius: 1994: 99-121), la păstrarea unității dreptului comunitar în aplicarea sa.

Soluțiile rezidă, pe de o parte, în transformarea dreptului comparat într-un instrument efectiv nu doar al convergenței juridice europene, ci şi într-un instrument efectiv al convergenței judiciare europene. Acest lucru se poate realiza, pe de o parte, prin conştientizarea de către judecătorii naționali a importanței dreptului comparat ca instrument în procesul de adjudecare şi, pe de altă parte, dezvoltarea proiectului ambițios de creare a unei culturi judiciare comune europene. În ambele cazuri, avantajele utilizării dreptului comparat sunt evidente:

a. dreptul comparat îi permite judecătorului național să se acomodeze cu ceea ce tinde a se contura tot mai clar ca „limbaj juridic european comun";

b. deoarece dreptul comunitar este construit pe baza comparării juridice, o interpretare teleologică/substanțială a acestuia ar presupune înțelegerea mecanismelor de construcție a dreptului național (sau internațional) care a stat la baza soluției juridice a instituțiilor comunitare;

c. deoarece jurisprudența CEJ este construită pe baza comparării juridice, cunoașterea mecanismelor concrete de elaborare și a soluțiilor juridice naționale care au stat la baza acesteia ar conduce la o mai corectă aplicare a principiilor generale ale dreptului comunitar (Mollers: 2000: 698). Cunoașterea îndeaproape și înțelegerea mecanismelor comparative utilizate de CEJ în elaborarea deciziilor sale poate facilita demersul interpretativ al dreptului comunitar ce trebuie realizat de instanțele naționale prin aplicarea în deplină cunoștință de cauză a principiilor generale ale dreptului comunitar dezvoltate de jurisprudența Curții, precum și o corectă înțelegere a hotărârilor preliminare interpretative ale CEJ. O detaliată expunere în motivarea hotărârii Curții a raționamentului juridic comparativ ar fi, în consecință, cât se poate de binevenit;

d. judecătorul național aparținând tradiției romano-germanice ar putea învăța, prin intermediul comparării juridice, de la colegii lor din tradiția *common law* metodologia de aplicare cu forță juridică de precedent a cazuisticii CEJ. De altfel, comunicarea, schimbul de experiență, abordarea comparativă pot fi utile deopotrivă judecătorilor tradiției romano-germanice, cât și celor britanici sau irlandezi, iar aceste demersuri pot fi un pas important spre edificarea unei **metodologii judiciare europene**;

e. dreptul comparat poate avea un rol important în aplicarea doctrinei *acte claire* prin realizarea unei comparații între terminologia juridică a dreptului european și cea aparținând dreptului statelor membre. CEJ însăși a atras atenția, în cazul Srl. CILFIT v. Ministry of Health (Johnston, 2007: 62-63; 67-68), în contextul aplicării doctrinei *acte claire*, că „trebuie avut în vedere, chiar și acolo unde diversele versiuni lingvistice (ale legislației comunitare, n.n.) sunt deplin în acord unele cu celelalte, faptul că dreptul european folosește o terminologie care îi este specifică. Mai mult, trebuie scos în evidență faptul că conceptele juridice nu au cu necesitate același înțeles în dreptul european și în dreptul diverselor state membre";

f. compararea juridică poate fi utilă judecătorilor naționali în procesul de interpretare și aplicare a directivelor comunitare, astfel încât să se asigure, în mod efectiv, unitatea de aplicare a dreptului comunitar (Smits, 2004: 235). Interpretarea conferită de o instanță națională dreptului european, implicit principiilor acestuia, în contextul soluționării unui litigiu, poate fi utilă unei alte instanțe naționale, ca urmare a receptării ei pe baze compa-

rative, în soluționarea atât a litigiilor unde dreptul european are incidență obligatorie, cât şi a litigiilor unde dreptul european are incidență prin voința unilaterală a statului respectiv. Comisia europeană însăşi încurajează o astfel de abordare, cel puțin în materie de protecție a consumatorului, prin crearea pe internet a unei „baze europene de jurisprudență în materie de termeni contractuali inechitabili" din care judecătorii naționali se pot inspira în procesul de aplicare a Directivei 93/13/EEC din 5 aprilie 1993 privind termenii inechitabili în contractele de consumație (Weatherill: 2002-2003: 164). Reiese, din cele expuse, că aplicarea dreptului european de către instanțele naționale prin asumarea unui raționament juridic comparativ ar putea deveni esențială pentru succesul integrării juridice europene şi realizarea obiectivelor CEJ, vizând o interpretare şi aplicare unitară a normelor comunitare pe teritoriul statelor membre.

2.4. Unificarea dreptului la nivel național

Poate nicăieri nu-şi găseşte dreptul comparat un loc mai potrivit şi nu a dat rezultate mai bune ca în cazul unificării dreptului realizate în interiorul unui anume stat. Bineînțeles, pentru a putea vorbi despre unificare a dreptului, trebuie să ne găsim în prezența unei diversități de norme juridice concurente, care să reglementeze aceleaşi raporturi sociale. Menținerea unei asemenea situații poate conduce indubitabil la dezordine juridică şi incertitudine în ceea ce priveşte realizarea obligațiilor ce izvorăsc din raporturile juridice încheiate în diverse domenii, mai ales în cel economic şi comercial. Mai toate statele au trecut prin această etapă a unificării legislative, în condițiile în care, mai peste tot, s-au aflat, la un anume moment dat, pe teritoriul aceluiaşi stat, mai multe norme juridice sau chiar sisteme de drept. Codul civil francez din 1804 a avut sarcina de a crea un drept comun în materie pentru întreaga Franță, BGB a unificat dreptul civil german, iar Codul civil elvețian din 1907 a unificat dreptul cantoanelor. Una din cele mai complicate situații a fost şi este încă în SUA, unde multitudinea statelor şi a instanțelor a chemat spre găsirea unei soluții de unificare a dreptului. Situația a fost oarecum uşurată de faptul că, cu câteva excepții, dreptul Statelor Unite e fondat pe *common law* al Angliei. Sarcina a fost încredințată după 1892 Comisiei naționale a comisarilor pentru legile uniforme în State, comisie care a elaborat o serie de legi uniforme, propuse statelor spre adoptare în materie de vânzare, scrisoarea de trăsură, societățile de persoane, transferul acțiunilor şi obligații constatate prin înscrisuri. De asemenea, American Law Institute a realizat succese importante în materie de unificare prin întocmirea unor *Restatements* cu privire la contracte (1932), reprezentare, conflict de legi, delicte, proprietate şi trust. Aceeaşi asociație a pregătit o serie de legi-model propuse diverselor state în vederea adoptării

lor eventuale. Un succes deosebit a avut *Codul comercial uniform* (*Uniform Commercial Code*) din 1952. Astfel de legi-model s-au realizat şi în materie de procedură penală şi de drept penal. Acelaşi fenomen s-a întâmplat şi în România: unul de proporţii mai mici, după unirea din 1859 şi unul mult mai dificil şi mai îndelungat după unirea din 1918. În cea de-a doua etapă, efortul comparativ a fost considerabil mai mare, trebuind puse de acord legislaţii de origine românească, franceză, austriacă, maghiară şi rusă. Acelaşi tip de proces a avut loc şi în alte state ale Europei centrale, Polonia şi Cehoslovacia, proaspăt devenite independente după 1918.

În toate aceste cazuri, dreptul comparat a jucat un rol important în conturarea unui singur sistem de drept, unic, sau în armonizarea sistemelor de drept existente. O serie de **probleme** se ridică, însă, şi în ceea ce priveşte unificarea internă a dreptului. În primul rând, aceasta diferă considerabil între statele unitare şi cele federale. În cadrul statelor unitare, existenţa unei singure puteri statale suverane îndreptăţeşte pe legiuitor să urmărească realizarea unui singur sistem de drept, cu excluderea tuturor acelor norme juridice care contravin politicii statale şi guvernamentale în toate domeniile. Aici armonizarea legislativă este prin definiţie exclusă, iar sistemul legilor-model este neavenit. Pe de altă parte, şi recurgerea la comparare este un fapt care stă la liberul arbitru al legiuitorului, care singur hotărăşte în ce măsură unificarea legislativă va fi rezultatul unei analize ştiinţifice comparative temeinice ori rezultatul unor simple decizii politice (Constantinesco, 1998: 403-404).

Pe de altă parte, în statele federale existenţa mai multor centre de putere statală schimbă complet modul de abordare a problemei. Dincolo de materiile reglementate de o legislaţie comună, tipică unei federaţii, există diverse domenii şi ramuri a căror reglementare este lăsată la îndemâna statelor membre. Situaţia se complică cu atât mai mult cu cât între statele membre există diferenţe mai mari de tradiţii culturale, juridice şi chiar diferenţe lingvistice. Aici sarcina legiuitorului este mai grea, iar sarcina comparatistului este mai amplă. Totul depinde şi aici de competenţa organelor proprii ale statelor membre în materie de legiferare: cu cât ea este mai mare, cu atât şansa apelării la comparare aste mai mare, iar cu cât este mai mică, cu atât şansa apelării la decizii politice este mai mare (Constantinesco, 1998: 404). Astfel, atât în Germania, cât şi în Elveţia şi SUA, unificarea legislativă a presupus îndelungate şi elaborate studii de drept comparat făcute de specialişti, pe când în centralizata Uniune Sovietică unificarea legislativă s-a făcut prin decizie politică. Ideea unificării legislative nu pare aici a fi întotdeauna cea mai potrivită şi, de aceea, armonizarea legislativă se dovedeşte a fi cea mai bună soluţie pentru punerea de acord a diverselor sisteme de drept existente. Aşa s-a întâmplat în SUA, unde sistemul acelor *Restatement* sau

al legilor-model a funcționat cel mai bine (Ancel, 1971: 74). Problemă se ridică însă și în legătură cu armonizarea și metodele ei. La fel ca și în dreptul internațional, acest tip de apropiere a legislațiilor a avut un efect limitat, fapt dovedit de numărul mic de state americane ce au adoptat una sau alta din legile-model propuse (Gutteridge, 1953: 213). O situație complet diferită s-a înregistrat însă în confederația elvețiană, unde unificarea dreptului s-a făcut pe cale legislativă, iar Codurile civil și al obligațiilor au fost adoptate de către toate cantoanele. Rezultatul este cu atât mai uimitor, cu cât au trebuit reconciliate tradiții juridice diferite, de origine franceză, germană și austriacă (Tercier: 1992: 13-16).

Unificarea internă are însă și câteva certe avantaje față de cea externă. În primul rând, mai ales în statele unitare, fiind vorba doar de o singură voință politică statală, unificarea legislativă s-a putut face la un nivel și în niște domenii de neimaginat pentru unificarea internațională a dreptului. În al doilea rând, la acest nivel aplicarea uniformă a dreptului uniform este asigurată prin existența unor curți supreme ale căror hotărâri de interpretare unitară a dreptului sunt obligatorii pentru toate instanțele inferioare.

§3. Dreptul comparat și instanțele judecătorești

3.1. Instanțele judecătorești naționale

Pe măsură ce interesul pentru dreptul comparat a crescut, pe măsură ce importanța sa teoretică, dar mai ales practică, a fost conștientizată și reflectată cu precădere în domeniul ameliorării dreptului național și al edificării dreptului uniform, intern și extern, într-o asemenea măsură s-a conturat rolul pe care dreptul comparat îl poate juca în viața instanțelor naționale. Am văzut deja că dreptul comparat are o utilitate remarcabilă în materia descoperirii și înțelegerii de către judecătorii naționali a normelor de conflict și a dreptului substanțial străin ce stă în spatele unor asemenea norme ori în cazul în care instanțele naționale sunt obligate să aplice un drept uniform/armonizat fără a-i distorsiona finalitatea.

Pe lângă aceste situații, dreptul comparat poate juca și joacă un important rol în ceea ce privește interpretarea de către instanțele naționale a dreptului intern, prin apelul făcut la dreptul străin, la hotărârile judecătorești ale instanțelor altor state date cu privire la soluții similare ori la doctrina juridică a respectivelor state. Creșterea complexității actului de judecată, în strânsă legătură cu creșterea complexității și nivelului de globalizare a problemelor pe care instanțele le înfruntă, a crescut apetitul judecătorilor pentru a vedea modul în care judecători din jurisdicții extra-naționale au făcut față unor probleme similare (Andenas & Fairgrieve, 2013: 26). Toate

acestea au dat naştere unui intens dialog inter-judiciar şi au creat premisele reale pentru o trans-fertilizare în materie de cultură judiciară.

Apelul la drept comparat poate avea în vedere oferirea de argumente persuasive în ceea ce priveşte o anumită soluție juridică sau un anume rezultat; oferirea de modele juridice, în cazul în care dreptul național are lacune; verificarea unei afirmații de ordin factual privind consecințele normelor juridice; verificarea unei afirmații despre aplicarea universală a anumitor norme particulare; subminarea autorității dreptului intern sau dezvoltarea unor principii ale dreptului intern (Andenas & Fairgrieve, 2013: 50-51). Ideea poate ridica, de la bun început, critici, în sensul reproşului ce poate fi făcut cu privire la o eventuală diminuare pe această cale a suveranității naționale, bine ştiindu-se că, de regulă, judecătorii sunt obligați să aplice în cadrul instanțelor dreptul național al statului respectiv. Reproşul ar fi îndreptățit în condițiile în care un judecător național ar nesocoti dreptul intern ce reglementează o anume materie şi şi-ar fundamenta decizia doar în baza dreptului străin. Nu acest lucru însă se urmăreşte prin recomandarea utilizării de către judecătorii naționali a dreptului comparat. În principiu, este clar că soluțiile unui drept străin nu pot fi folosite în scopul de a ocoli normele juridice naționale neechivoce. Principiul respectului pentru reglementările juridice neambigue nu poate şi nu trebuie încălcat în niciun sistem de drept (Zweigert & Kötz, 1998: 18). Dreptul comparat îşi poate dovedi, însă, utilitatea în cazul în care un text de lege națională este echivoc ori există lacune pe care judecătorul trebuie să le acopere prin interpretare. În acest caz, apelul la hotărâri ale unor instanțe externe se poate dovedi de un real folos, exercitând o reală funcție de orientare (Constantinesco, 1998: 358). S-a constatat însă, în cazuri rare, e adevărat, că dreptul comparat, în cadrul instanțelor, a avut rolul de a abroga norme juridice existente, scrise sau nescrise, din cadrul dreptului național.

Ca şi în alte situații, o serie de **probleme** se ridică şi în cazul acestei funcții a dreptului comparat. Care este relația dintre dreptul comparat şi metodele clasice de interpretare a dreptului? În ce măsură tradiția şi dreptul intern permit judecătorului să recurgă la această alternativă? Se poate ajunge, cu ajutorul dreptului comparat, la o interpretare a dreptului intern care să fie independentă ori chiar în contradicție cu structura conceptuală a sistemului de drept național? La care anume sisteme de drept străine ar trebui să recurgă judecătorul şi la câte? În acest caz, judecătorul trebuie să aleagă soluția ce i se pare a fi mai bună sau trebuie să apeleze la soluția comună sistemelor de drept la care s-a apelat? La o bună parte din aceste întrebări răspunde art. 1 alin. (2) şi (3) al Codului civil elvețian. „Dacă nicio dispoziție legislativă nu poate fi găsită, judecătorul trebuie să aplice dreptul cutumiar, iar în cazul eşecului, el trebuie să decidă în concordanță cu regula

pe care, dacă ar fi fost legiuitor, ar fi adoptat-o. Acționând astfel, judecătorul trebuie să respecte doctrina şi tradiția acceptate". Pe lângă faptul că textul recunoaşte rolul de creator de drept al judecătorului, fapt destul de rar întâlnit într-un text de lege continental, el deschide calea modului modern în care legiuitorul poate edicta dreptul, şi anume, aşa cum am constatat mai sus, apelând la dreptul comparat. Este adevărat că aceasta ar fi o alternativă subsidiară unor mijloace tradiționale de umplere a lacunelor legislative, în cazul de față, dreptul cutumiar. S-a constatat, însă, că acesta nu este întotdeauna capabil să acopere goluri legislative, mai ales în raporturi juridice ce țin de dimensiunile contemporane ale vieții politice economice şi sociale. Alte mijloace, *e.g.* interpretarea logică sau analogică, nu oferă nici ele întotdeauna rezultatele scontate. De aceea, apelul la dreptul comparat poate fi benefic fără a exclude totuşi metodele tradiționale de interpretare (Drobnig, 1999: 18). El poate servi la confirmarea şi susținerea unui rezultat descoperit pe căile tradiționale (Kötz, 2000: 27; Grossfeld, 1990: 33).

Este cât se poate de clar, mai apoi, că acest instrument este folosit în mod diferit în cadrul celor două mari tradiții juridice: continentală şi a *common law*-ului. În **Europa**, în mod tradițional, doctrina a avut mari rezerve în a recunoaşte judecătorului național un rol activ în crearea dreptului. Cu totul alta a fost situația în sistemul de *common-law*, unde precedentul judiciar a permis judecătorului să fie principalul motor al creării dreptului național. Aici, ideea interpretării dreptului este înlocuită deschis de ideea creării dreptului (Constantinesco: 1998: 259).

În **Europa continentală** situația diferă de la o țară la alta şi de la o epocă la alta. În epoca codificărilor, mai ales în **Germania**, nu numai că exista ideea că judecătorul trebuie să fie un aplicator fidel al legii, dar era contestată chiar ideea de interpretare a legii, în condițiile în care, BGB avea pretenția să reglementeze absolut totul. Chiar dacă utilizarea dreptului comparat nu este expres interzisă, în cazul în care era nevoie de interpretare, se considera şi se consideră încă faptul că dreptul național are toate resursele necesare pentru a acoperi golurile sesizate de instanțe. În ultima vreme însă, curțile unor state ca Germania, Grecia, Portugalia şi, mai ales, Elveția sunt tot mai deschise, în mod discret, e adevărat, la a accepta soluțiile date de instanțele altor state ca mijloace de acoperire a golurilor din legislația națională, ceea ce reprezintă, aşa cum remarca Glenn, o adevărată schimbare intelectuală în drept (Glenn, 2000: 109). Mai mult, aşa cum arătam, dreptul comparat a fost folosit de judecătorii germani pentru a se abate de la prevederile legislației interne (Drobnig, 1999: 16). Lucrurile trebuie privite totuşi cu reținere, în condițiile în care primul deceniu al secolului al XXI-lea a înregistrat şi aici o scădere semnificativă a citărilor din jurisprudența instanțelor străine (Markesinis & Fedtke, 2005-2006: 42). În **Franța**, de la

bun început Curtea de casație franceză, în maniera unui pur naționalism juridic, a fost surdă la argumente în favoarea comparării juridice, adoptând un stil de judecată care respinge orice fel de referință la considerații de ordin sociologic, politic, de istorie a dreptului sau de drept comparat. Lucrurile par a se fi schimbat în ultimii ani, fiind remarcate cazuri în care Curtea de casație a apelat la dreptul comparat. O cu totul altă situație se manifestă la nivelul Consiliului constituțional, unde apetitul pentru comparare juridică pare a fi mai crescut (Andenas & Fairgrieve, 2013: 34-35). În **România**, dincolo de considerarea jurisprudențelor curților europene de la Strasbourg şi Luxembourg, interesul instanțelor româneşti pentru drept comparat este relativ scăzut. Este semnificativ în acest sens faptul că CCR, curtea de la care cineva s-ar fi putut aştepta la cea mai mare deschidere, a apelat în perioada 1991-2011 doar în 14 cazuri (0,1%), dintr-un total de 13250 de decizii pronunțate, la jurisprudența unor instanțe străine (Tănăsescu & Deaconu, 2013: 323). Situația nu e singulară, atât Curtea constituțională a Spaniei, cât şi cea a Italiei sunt rezervate în a face trimiteri exprese la jurisprudența altor curți constituționale.

În cadrul ***common law***, instanțele unor state membre ale Commonwealth, ca Anglia, Australia, Canada, au făcut de ani de zile referiri reciproce la deciziile judecătoreşti, iar, mai nou, aria de inspirație s-a întins într-o importantă măsură şi asupra dreptului continental (Zweigert & Kötz, 1998: 20; Drobnig, 1999: 17). Utilizarea dreptului comparat este de manieră explicită şi transparentă, fapt dovedit de existența a numeroase studii privind citarea surselor străine sau chiar de declarațiile judecătorilor (Lord Justice Mance, 2001: 415-426; Lord Steyn, 2006: 5). În Canada, în zona *common law*, citările din dreptul străin variază între 15% şi 29% din totalitatea citărilor de jurisprudență făcute de judecători. La nivelul Curții supreme a Canadei, în deceniul 1984-1994, 23% din citările făcute provin din surse necanadiene. Un studiu făcut în Anglia a demonstrat că, în anii 1994-1995, numărul deciziilor judecătoreşti citând surse străine s-a triplat față de anii anteriori, iar, în 2000, 40% din decizii au folosit surse juridice externe (Glenn, 2000: 110-111). O situație aparte există în SUA, unde, se pare, utilizarea dreptului comparat în cadrul instanțelor se face doar pe o scară redusă, adesea pur decorativă. Dreptul SUA se manifestă, mai curând, ca un sistem autosuficient în care sursele străine sunt lăsate disciplinelor dreptului comparat (Farnsworth, 1992: 417). Confruntat cu existența a peste 50 de sisteme de drept, judecătorul nord-american rar face referiri la dreptul străin. Declarațiile judecătorului federal Scalia, de la Curtea Supremă a SUA, împotriva utilizării de surse străine de către instanțele americane sunt cât se poate de relevante pentru atitudinea unei bune părți a instanțelor americane față de compararea juridică (Siems, 2007: 133-134).

Discuții pot să apară și în legătură cu zona geografică și culturală din care provin instanțele străine cu care cele naționale intră în dialog. Adeseori, o istorie politico-juridică unică poate fi un element de încurajare pentru dialogul instanțelor naționale. Situația existentă în *common law* a fost favorizată și de existența, în multe cazuri, a unui drept comun sau receptat, într-o serie de ramuri ale dreptului, între componentele Commonwealth-ului. De asemenea, faptul că dreptul național a fost importat masiv dintr-un anume model juridic, poate încuraja instanțele sistemului de drept importator să se raporteze la modul în care instanțele sistemului juridic exportator aplică aceleași norme juridice. Această situație nu a lipsit și nu lipsește însă nici în sistemul continental, acolo unde construirea unui drept național s-a făcut prin receptarea în parte sau în totalitate a unui drept străin într-o ramură sau alta a dreptului. Astfel, înainte de 1945, instanțele românești au făcut, adesea, apel la hotărârile judecătorești ale instanțelor franceze date în cazuri similare. De asemenea, instanțele turcești fac, adesea, analize comparative cu privire la modul în care dreptul civil este aplicat în Elveția, de unde a fost preluat aproape fără modificări (Bogdan, 1994: 32). Același e și cazul sistemelor așa-numite mixte, cum ar fi Scoția, Africa de sud, Louisiana, Québec, unde dreptul comparat este un instrument prețios pentru elucidarea, înțelegerea și inteligenta aplicare în instanțele naționale a instituțiilor ce provin din alte sisteme de drept (Kamba, 1974: 499). Afinitățile cultural-politice și identitatea problemelor confruntate pot constitui motive de a intra în dialog judiciar cu anumite instanțe judecătorești străine. În cazul CCR, acest aspect explică de ce cele mai des invocate jurisprudențe au fost cele aparținând curților constituționale ale statelor foste socialiste din Europa Centrală și de Est (Tănăsescu & Deaconu, 2013: 330-332). Nu în ultimul rând, prestigiul unui anume sistem judiciar străin poate încuraja instanțele naționale să-i invoce jurisprudența, cum ar fi cazul jurisprudenței Curții supreme a SUA, invocată în diverse colțuri ale lumii de diverse instanțe naționale, *e.g.* cele argentiniene (Gordon, 2009).

O altă problemă pe care o abordăm este aceea a **tehnicii** sau **metodei concrete** prin care un judecător se folosește de dreptul comparat pentru a completa golurile din sistemul de drept național. După cum am văzut, dreptul comparat comportă un înțeles mai larg, incluzând și studiul dreptului străin și un înțeles restrâns, ce vizează o analiză sistematică, de preferință contextualizată, a diferențelor și a asemănărilor dintre mai multe sisteme de drept. Faptul că un judecător pur și simplu citează o normă juridică, o hotărâre judecătorească sau doctrina străină, fără a face o analiză real comparativă cu dreptul național poate fi considerată un demers real comparativ? Strict teoretic, **nu**! În marea majoritate a cazurilor, judecătorii amintesc doar decizia luată într-o anume cauză fără a mai insista asupra

analizei din spatele acesteia. Nu trebuie să uităm, însă, că judecătorii nu sunt comparatiști specializați, nu au timpul necesar unui asemenea demers științific, iar scopul lor nu este deloc teoretic: interesul lor este de a se folosi de dreptul străin pentru a rezolva un impas ivit în soluționarea unei cauze dificile, pentru a acoperi și completa un drept național neclar și contradictoriu sau pentru a întări o soluție a dreptului intern, iar nu de a dezvolta analize academice. Judecătorii nu apelează la dreptul comparat/dreptul străin pentru a îmbogăți cunoașterea dreptului, pentru a dezvolta ipoteze și a le verifica empiric; interesul lor de a intra în dialog cu instanțe străine este unul pur pragmatic, având în vedere finalitățile proprii activității juridice practice pe care o realizează. Având în vedere toate acestea, nu e de mirare că, adesea, judecătorii se referă la surse individuale de drept străin, fără a preciza de ce o anume țară a fost aleasă, or asemenea referințe par a fi de cele mai multe ori accidentale ori chiar sunt pur ornamentale (Drobnig, 1999: 17). Ele constituie totuși pentru unii (*idem*: 4) eforturi comparative, deoarece demonstrează că instanțele sunt conștiente de soluții la probleme legale ce sunt diferite de cele existente în dreptul național.

Aici totul depinde de educația și cultura juridică a judecătorului, de deschiderea acestuia, de limbile străine cunoscute, de sprijinul pe care i-l oferă studiile elaborate ale comparatiștilor, de tradiție și de familia juridică în care se situează (Constantinesco, 1998: 24-35; Schiemann, 2005-2006: 282). De aici se poate observa că mentalitatea judecătorilor poate reprezenta un factor important în opțiunea de a recurge sau a nu recurge la dreptul străin. Așa cum remarcă Markesinis, mentalitatea reprezintă nu doar un obstacol în calea utilizării dreptului comparat de către judecători, ci chiar și un pericol la adresa acestui demers (Markesinis, 2005-2006: 1326). Aici pot intra și aspecte legate de vârstă, perspectiva religioasă a judecătorilor, credințele despre familie și societate, teama de consecințele judecății, teama de presă, rezerve față de o anumită societate și, implicit, față de dreptul ei (Markesisnis, 2005-2006: 1351 și urm.). Nu în ultimul rând, factorul timp este și el de luat în seamă, în condițiile în care judecătorii au prea puțin timp de pierdut căutând în jurisprudența instanțelor străine (Schiemann, 2005-2006: 293-294). Acest din urmă aspect nu este atât de grav și ar trebui evaluat de la caz la caz, având în vedere că în unele state, ca Germania, judecătorii au la îndemână numeroase studii comparative, în diverse domenii ale juridicului, realizate de importanți specialiști în dreptul comparat.

Alegerea (sau respingerea) unui anume sistem de drept sau altul e determinată și cultural, fiind evident pentru oricine că un judecător german sau italian se va îndrepta cu prioritate spre democrațiile occidentale cu care împart o tradiție culturală comună, și mai ales spre statele Europei de Vest (Lord Steyn, 2006: 5). Alegerea este determinată, nu în ultimul rând, de

probleme legate de sursele de informație, dar şi de o atentă considerare a particularităților structurale şi culturale ale sistemelor de drept la care se apelează. Această ultimă idee atrage atenția asupra dificultății de a împăca noile tendințe metodologice în materie de comparare juridică, *e.g.* contextualizarea şi interdisciplinaritatea, cu unele finalități practice ale dreptului comparat, precum sprijinul conferit instanțelor naționale. Fără o atentă dezbatere metodologică legată expres de nevoile judecătorului comparatist, dreptul comparat va fi respins de către judecători ca fiind un demers cu o foarte înaltă ținută academică, rezervat unui grup foarte restrâns de doctrinari inițiați.

3.2. Instanţele judecătoreşti internaţionale

Instanțele judecătoreşti internaționale sunt, prin natura şi misiunea lor, adevărate laboratoare ale dreptului comparat (Brown, 1976: 65). Formate, de regulă, din judecători proveniți din diverse jurisdicții naționale, funcționând pe baze plurilingvistice şi aflate în continuu dialog cu ordinile juridice naționale, aceste instanțe găsesc în compararea juridică soluții eficiente pentru a-şi realiza misiunea.

Curtea de justiție a UE de la Luxembourg este, prin importanța şi impactul real al activității sale jurisdicționale, exemplul preferat al celor care analizează relevanța dreptului comparat în activitatea unei instanțe internaționale. Aflată în centrul unui proces complex de unificare/uniformizare/armonizare a dreptului european, CEJ utilizează o asiduă comparare între ordinea juridică europeană şi sistemele de drept naționale în momentul în care îşi elaborează deciziile proprii. Apelul la metoda comparativă este aproape obligatoriu, în condițiile în care legislația primară a UE încredințează CEJ sarcina de a asigura interpretarea şi aplicarea Tratatului în statele membre (art. 220 EC) ori să asigure respectarea drepturilor fundamentale aşa cum rezultă din tradițiile constituționale comune ale statelor membre (art. 6 alin. (3) Tratatul de la Lisabona). Apelul la drept comparat are loc atât pentru a scoate în evidență diferențele dintre dreptul european şi construcțiile juridice naționale, ceea ce îi permite să pună în evidență caracteristicile esențiale ale dreptului european şi a-i asigura aplicarea uniformă, cât şi pentru a preleva asemănările între legislațiile naționale în scopul construcției unui drept european bazat pe un numitor juridic comun.

În ciuda ponderii semnificative a demersului comparativ, trimiterile la dreptul comparat sunt relativ puține în cazuistica CEJ. Explicația rezidă, în bună măsură, în multiplicarea semnificativă a materialului de comparat, pe măsură ce numărul membrilor UE a crescut. Ca urmare, analiza comparativă s-a retras în culisele procesului judiciar, fiind prezentă în opiniile Avocaților Generali (Markesinis & Fedtke, 2005-2006: 88-89), în pledoariile părților

implicate într-o cauză sau alta, în analizele comparative făcute, la cerere, de Comisia Europeană, precum şi în cercetarea şi documentarea realizată de serviciul special al Curții (Pescatore,1980: 338; 346-348; Lenaerts, 2003: 875). Într-un final, aşa cum remarca fostul preşedinte al Curții, K. Lenaerts, „fiecare deliberare dă naştere unui mixaj de mentalități, culturi şi construcții juridice. O decizie va tinde astfel să fie rezultatul unor contribuții încrucişate ale diverselor sisteme de drept şi modele de raționament juridic" (Pescatore, 1980: 349; Lenaerts: 876).

Metodologic vorbind, această încrucişare a soluțiilor înseamnă un demers de descoperire a „celei mai bune soluții", în sensul de a găsi un răspuns juridic adecvat, în măsură atât să satisfacă cerințele integrării juridice europene, cât şi să vină în întâmpinarea specificităților cultural-juridice ale sistemelor de drept naționale. Compararea juridică nu este menită aici să obțină o soluție juridică ideală pentru integrarea juridică europeană, ci una funcțională, în condițiile necesității aplicării dreptului european de către statele membre (Lenaerts, 2003: 879-880). **Cea mai bună soluție** poate fi, prin urmare, miezul comun al sistemelor de drept naționale (*les principes généraux*), nişte norme juridice existente în cadrul legislațiilor naționale utilizate pentru a umple lacunele dreptului european (Campana, 2000: 48), un drept fundamental, o anumită interpretare sau o construcție a dreptului european bazată pe un concept juridic suficient de comun pentru statele membre. În lipsa unui fond comun, CEJ poate dezvolta o soluție autonomă (Pescatore, 1980: 344) sau poate importa în dreptul european o soluție a unui sistem de drept național (Constantinesco, 2003: 173; Lenaerts, 2003: 906). De exemplu, principiile proporționalității şi principiul aşteptării legitime au fost preluate în dreptul european din dreptul german.

Curtea europeană a drepturilor omului de la Strasbourg este un alt exemplu relevant de recurgere pe scară largă la dreptul comparat, de această dată în cadrul procesului de aplicare şi interpretare a Convenției europene a drepturilor omului. CtEDO a apelat la compararea juridică atât pentru a-şi construi bine-cunoscuta jurisprudență, bazată pe principii solidificate în timp prin efectul interpretativ obligatoriu al jurisprudenței sale, cât şi pentru a-şi asuma pe deplin statutul de „instrument viu" al ocrotirii drepturilor şi a libertăților consacrate de CEDO.

Demersul comparativ a avut şi are la bază dialogul constant al Curții cu sistemele de drept naționale, instanțele naționale, ordinea de drept şi organismele UE. Contactul comparativ cu sistemele de drept naționale s-a soldat cu preluarea unor soluții juridice ale acestora în jurisprudența proprie. Interesant este faptul că CtEDO nu realizează demersuri comparative doar în ceea ce priveşte sistemul de drept al statului acționat, ci ia în considerare soluțiile juridice ale tuturor statelor membre. Ca urmare, Curtea îşi asumă

un rol integrativ, urmărind să creeze principii aplicabile în mod egal tuturor statelor membre la Convenție (Rozakis, 2005: 272). De asemenea, trebuie remarcat că, în asumarea rolului ei de instrument viu, Curtea realizează analize comparative contextuale, având în vedere nu doar evoluțiile legislative în statele semnatare ale Convenției, ci și transformările de ordin cultural, social, moral ce au loc în cadrul respectivelor societăți. Relevante pentru abordarea comparativă a CtEDO sunt și contactele cu jurisprudența CEJ, jurisprudența altor instanțe de drept internațional, precum și considerarea pe scară largă a jurisprudenței Curții supreme a SUA și a altor instanțe supreme neeuropene (*idem*: 276-278).

Curtea internațională de arbitraj de la Paris și alte instanțe internaționale de arbitraj comercial își desfășoară, de asemenea, considerabil, activitatea în baza dreptului comparat. Pe lângă acestea, Curtea internațională de justiție, Centrul internațional pentru soluționarea diferendelor privind investițiile, mecanismele de soluționare a disputelor ale Organizației mondiale a comerțului, Tribunalul penal internațional, Tribunalul internațional pentru dreptul mării etc., toate aceste instanțe au devenit „clienți" ai dreptului comparat (Basedow, 2014: 32) ca urmare a intensificării globalizării economice, comerciale și juridice.

§4. Dreptul comparat, un instrument la îndemâna practicienilor dreptului

Este cert că, în contextul globalizării economice, practicienii dreptului, în special **avocații** și **consilierii juridici**, au nevoie tot mai mult de comparare juridică. În această situație se află, de exemplu, cei care sunt implicați în raporturi de drept internațional privat sau cei care reprezintă firme sau companii industriale cu interese juridice în diverse țări străine. În aceste condiții, cunoașterea dreptului străin, mai ales în materie de drept comercial, este esențială. Un asemenea demers comparativ îl poate ajuta pe specialistul în drept comercial internațional să-și îndrume clienții spre cea mai favorabilă soluție juridică menită să guverneze tranzacția comercială. Se poate constata, de exemplu, că cea mai favorabilă soluție juridică pentru interesele clientului este aplicarea dreptului național al părții co-contractante, fapt care transformă dreptul comparat într-un instrument central al succesului în afaceri. Prin urmare, practica juridică transnațională, mai ales la nivelul firmelor internaționale de avocatură, demonstrează că gândirea comparativ-juridică este posibilă și necesară atât pentru a pune față în față modele de comportament profesional în materie de avocatură, cât și pentru a facilita soluționarea litigiilor (Glenn, 2000-2001: 983-984). Într-un context inter-statal, dreptul comparat poate deveni un instrument propice pentru

concilierea conflictelor dintre diversele sisteme de drept statale atunci când dreptul străin este pledat şi aplicat în fața curților naționale, în cazul arbitrajului internațional sau în cazul procesului de alegere a jurisdicției şi alegere a dreptului (Glenn, 2000-2001: 995).

Astăzi un avocat român poate fi pus în situația de a comunica cu jurişti din alte sisteme de drept şi de a practica atât în propria familie juridică romano-germanică, cât şi în cea a *common law*. Pentru a avea succes, are nevoie de cunoştințe elementare de drept comparat. Acest lucru se datorează cu prioritate existenței spațiului juridic al UE, unde se observă cu claritate faptul că practica juridică a depăşit considerabil granițele tradiționale ale sistemelor de drept naționale.

Practica juridică invită însă la comparare nu doar în materie de drept transnațional, ci şi în interiorul unui stat. Acest lucru se datorează fie creşterii considerabile a forței persuasive a dreptului extranațional în practica juridică a unui stat, în condițiile disoluției autorității dreptului statului respectiv, fie migrației unor grupuri de populație care aduc şi practică un drept propriu în interiorul unui stat, fie existenței unor grupuri compacte de populație indigenă/aborigenă care îşi practică propriul drept, fie prezenței unor tribunale religioase în condițiile protecției drepturilor religioase (Glenn, 2000-2001: 985-991). Tot la nivel intrastatal, prezența unor norme şi cazuistici juridice de sorginte extrastatală, *e.g.* dreptul UE, CEDO, jurisprudența Curților de la Strasbourg şi Luxembourg, încurajează, la nivelul practicii juridice, compararea între dreptul provenit din aceste surse juridice externe şi dreptul național.

Secțiunea a 3-a. Funcția educativă. Dreptul comparat ca disciplină de studiu

Una din cele mai importante aplicații practice ale dreptului comparat este rolul pe care îl joacă acesta în educarea şi pregătirea viitorilor jurişti. Iar cum această pregătire se face de regulă în cadrul facultăților de drept, dreptul comparat s-a impus de mai multe decenii, mai ales după Al Doilea Război Mondial, ca disciplină distinctă în cadrul facultăților de drept din întreaga lume. Având în vedere importantele avantaje ale studierii dreptului comparat într-o lume ce se micşorează continuu datorită impresionantelor mijloace de comunicare, cu un comerț de o amploare nemaiîntâlnită, cu o economie aflată într-un continuu proces de globalizare şi cu un drept care, după cum am văzut, se află într-un proces continuu de uniformizare, credem că în viitor nicio facultate de drept nu-şi va permite să ignore această disciplină din planurile de învățământ. „O Facultate de drept nu mi se pare deloc a

avea dreptul să formeze juriști fără a le da deschiderea și informațiile elementare ce le vor permite mai apoi să se miște (cu prudență) în alte ordini de drept", declara P. Tercier (Tercier, 1992: 26). Afirmația este cu atât mai importantă cu cât de pe băncile acestor facultăți vor ieși toți acei actori ai scenei juridice pe care i-am identificat mai sus ca având tangență, în teorie și în practică, cu dreptul comparat: cercetători, legiuitori, specialiști în dreptul internațional, judecători și acum profesori. Tocmai de aceea, menirea facultăților de drept nu este neapărat aceea de a deveni centre de aplicare îndârjită a dreptului comparat, ci niște locuri unde cei interesați pot deprinde elementele și problemele de bază ale acestei discipline, în vederea unor aplicații teoretice și practice ulterioare.

În genere, studiul dreptului comparat oferă studentului la drept posibilitatea de a se bucura de toate avantajele pe care diversele funcții teoretice și practice ale comparării juridice le pot oferi unui jurist, *e.g.* posibilitatea cunoașterii altor sisteme de drept decât cel național, o mai bună înțelegere a propriului sistem de drept, educația prin formularea unei epistemologii a dreptului.

§1. Posibilitatea cunoașterii altor sisteme de drept decât cel național

Studierea dreptului comparat este o șansă pentru studenții facultăților de drept de a ieși din provincialismul juridic și științific în care se manifestă și a accede la posibilitatea cunoașterii multor altor sisteme de drept naționale. Până la urmă, rostul învățământului juridic este de a conferi studentului o deschidere majoră spre cultură în general și spre cultura juridică în special: „dreptul comparat este un instrument esențial de cultură generală pentru jurist, declara R. David, pentru că fără el, cum și fără istorie, căruia el îi este complement și omolog, nu este posibil să ajungi la concluzii ce depășesc dimensiune unui drept particular și nu ne putem ridica la universalitatea pe care o postulează toată știința veritabilă" (David, 1950: 683-684). Internaționalizarea continuă a vieții juridice determină, de asemenea, o abordare obligatorie a dreptului național dintr-o perspectivă comparativă.

Perspectiva unică, limitată, redusă la dreptul național, ce i se oferă studentului la drept poate crea în mintea acestuia ideea că toatele acele concepte, idei, soluții, instituții pe care i le oferă acest tip de studiu sunt cele mai bune sau singurele posibile. Acest fapt poate conduce la idealizarea propriilor instituții juridice și la considerarea lor ca inerente în natura generală a dreptului (Kamba, 1974: 491; David, 1950: 684). Este regretabil, prin urmare, faptul că marea majoritate a manualelor de Teoria generală a dreptului din România ignoră perspectiva comparativă lăsând, într-adevăr,

studenților senzația că ceea ce află despre sistemul de drept românesc are valoare de universalitate. Studentul român la drept rămâne încă cu ideea că diviziunea dintre dreptul public și cel privat este universală sau că pretutindeni pe mapamond legea reprezintă supremul izvor formal al dreptului. Această stare de fapt conduce nu doar la o izolare și un provincialism în plan juridic, dar și la apariția unor pericole în dezvoltarea și chiar aplicarea dreptului național (David & Brierley, 1985: 8). Dreptul comparat conferă o lecție de modestie acestui student prin relativizarea a ceea ce considera a fi unic și universal în propriul sistem de drept (David, 1950: 684; Zweigert & Kötz, 1988: 21-22). Astfel, el poate descoperi modul în care alte culturi juridice înțeleg și se raportează la drept și, nu în ultimul rând, învață să respecte ceea ce alții au creat în acest domeniu. Atâta timp cât în România știința dreptului nu-și asumă o funcție reală de cunoaștere, într-o asemenea măsură, dreptul comparat își justifică aici această funcție. Acest aspect ar presupune însă o abordare real contextualizată care să introducă studentul român la drept în sistemele și culturile juridice străine printr-o așezare a acestora într-un context cultural, istoric, politic, economic, psihologic și social. O abordare didactică interdisciplinară care să ia în considerare nu doar Teoria generală a dreptului, ci și Istoria dreptului, Filosofia juridică și Sociologia juridică ar conduce la o mai profundă cunoaștere a dimensiunilor profunde ale culturilor juridice străine.

§2. O mai bună înțelegere a propriului sistem de drept

Tocmai de aceea, este rolul dreptului comparat de a-l face pe student conștient de faptul că instituțiile, legile și metodele propriului sistem de drept nu sunt singurele posibile în lume și că există mai multe căi prin care diversele sisteme de drept soluționează tipuri similare de probleme economice și sociale (Kamba, 1974: 492). În acest context, studentul poate dezvolta și o abordare critică a propriului sistem de drept, determinându-l să înțeleagă ce este bine și rău în soluțiile dreptului național. Acest tip de abordare poate reprezenta și un îndemn la o cercetare mai profundă a sistemelor de drept străine în vederea descoperirii unor soluții mai bune ce ar putea fi transplantate în propriul drept. Ca și în cazul cunoașterii sistemelor și a culturilor juridice străine, o abordare interdisciplinară și contextualizată predispune la o mai profundă cunoaștere inter-culturală a propriului sistem de drept național/culturi juridice.

§3. Studiul dreptului comparat *vs.* studiul comparat al dreptului

În esență, comparatiștii propun două tipuri de abordare a dreptului din perspectivă comparativă, în cadrul facultăților de drept.

Primul tip vizează studierea Dreptului comparat prin intermediul unor discipline distincte, autonome, *i.e.* **studiul dreptului comparat**. Acestea au fost concepute fie ca niște discipline de abordare generală a fenomenului comparării juridice, de genul Introducerii în dreptul comparat sau Sistemelor de drept contemporane/comparate, fie ca discipline ce tratează comparativ anumite ramuri ale dreptului, *e.g.* drept constituțional, administrativ, civil etc. comparat. O **disciplină distinctă** ar fi cu atât mai necesară cu cât am conferi dreptului comparat statutul de disciplină juridică autonomă. Doar într-un asemenea curs i se poate explica pe deplin studentului la drept care este importanța diversității în drept și a postulării acesteia prin intermediul comparării juridice plurimetodologice și interdisciplinare, doar aici studentul poate înțelege ce înseamnă a postula, accepta și dialoga cu alteritatea juridică. Doar aici studentul la drept poate dobândi o reală atitudine critică față de propriul său sistem de drept. În acest sens, tradiționalele manuale axate pe prezentarea marilor sisteme de drept contemporan ar trebui să fie înlocuite cu un curs general teoretic care să surprindă aspectele esențiale ale disciplinei (Örücü, 2004: 66). Acesta ar introduce studenții în problematica generală a dreptului comparat, le-ar oferi o poartă spre înțelegerea limbajului dreptului comparat și le-ar pune la îndemână competențele minimale necesare pentru a aborda și înțelege corect dreptul străin. Doar în cadrul unor asemenea cursuri dreptul comparat este cu adevărat abordat ca și comparare juridică.

Al doilea tip de abordare vizează transformarea dreptului comparat într-o simplă metodă de predare care să permită studierea fiecărei discipline juridice dintr-o perspectivă comparativă, *i.e.* studiul comparativ al dreptului. Integrarea problematicii dreptului comparat altor discipline din curricula universitare ar evita pericolele și capcanele pe care existența unui curs distinct de drept comparat le presupune și ar permite comparării juridice să își fructifice mult mai bine finalitățile printr-un impact real asupra studenților (Reimann, 1996: 61-63). Introducerea celei de-a doua metode presupune însă rezolvarea unor serii de probleme legate de pregătirea profesorilor, cunoașterea anumitor limbi străine de către profesori și studenți, asigurarea documentației necesare și, nu în ultimul rând, asigurarea timpului necesar pentru o astfel de abordare complexă. Altfel, studiul comparativ al dreptului riscă să marginalizeze elementul comparativ, transformându-l într-un simplu instrument de informare a studentului la drept.

În genere, cele două viziuni nu se exclud, o introducere în dreptul comparat, care să abordeze şi să clarifice problematica, mai ales metoda dreptului comparat, precum şi marile familii juridice existente astăzi pe scena juridică internațională fiind necesară întotdeauna.

§4. Dreptul comparat poate contribui la educaţia studenţilor la drept prin formularea unei epistemologii a dreptului

Dincolo de abordarea pur pozitivistă care oferă studentului jurist, în mod tradițional, ca obiect al dreptului comparat instituțiile, normele şi sistemele juridice, perspectiva **„dreptul comparat ca teorie a dreptului"** (*comparative law and jurisprudence*) propune ca obiect al comparării juridice diversele tipare de raționament juridic. Recomandabil a deveni un subiect central în curricula facultăților de drept (Samuel, 2001: 444-445), dreptul comparat, prin formularea unei epistemologii a dreptului, dezvoltă studentului la drept capacitatea de a înțelege complexitatea gândirii despre drept, ajutându-l în acelaşi timp să înțeleagă corect ce înseamnă ideea de „drept".

Secțiunea a 4-a. Comparare integrativă sau comparare diferențială?

Având în vedere faptul că, tehnic vorbind, a compara înseamnă a scoate în evidență asemănări şi deosebiri între termenii comparației, s-ar prezuma că nu ar exista probleme în ceea ce priveşte finalitățile comparației în drept. Prin urmare, ar trebui avute în vedere atât asemănările, cât şi deosebirile între termenii juridici supuşi comparării. Problema nu este însă atât de simplă, în condițiile în care s-a constatat o predilecție pragmatică fie pentru asemănările, fie pentru diferențierile între diversele sisteme de drept naționale. Alții, mai reduşi la număr, le-au luat în considerare pe amândouă. Ideea conform căreia obiectul comparării juridice este selectat în funcție de scopurile/finalitățile avute în vedere de comparatist a relativizat, din păcate, problema criteriilor comparării juridice.

O perspectivă scurtă asupra istoriei dreptului comparat scoate în evidență un interes dominant pentru similitudinile între sistemele de drept comparate. Comparatistul american (de origine germană) R. Schlesinger a descoperit trei mari etape în evoluția dreptului comparat mondial, dintre care două aparțin orientării spre similitudine: într-o primă etapă, dominată de celebrul *ius commune* al lumii juridice europene de limbă latină, a predominat preocuparea (reflexivă) pentru asemănare; într-o a doua etapă, cea a naşterii şi consolidării statelor naționale şi a dreptului național de limbă

națională, a predominat preocuparea pentru alteritate și diferențiere; într-o a treia etapă, cea contemporană, dominată de mișcarea de unificare a dreptului și de globalismul economic, se remarcă o nouă tendință de prelevare prioritară a asemănărilor (Schlesinger, 1995: 479). Ea este marcată de o puternică încredere în capacitatea dreptului de a unii oamenii, de a elimina discriminarea și de a vindeca rănile produse de război, ce a dominat spiritele după cel de-Al Doilea Război Mondial. Preocuparea pentru similitudine a stat în spatele evoluționismului și universalismului începutului de secol al XX-lea, a susținut demersul de grupare a sistemelor de drept naționale în familii juridice, a dat finalitate metodei funcționaliste și se află în centrul demersului de unificare a dreptului privat în UE. Evident, în contextul actual al globalizării, în condițiile integrării politice, economice și juridice ce are loc la nivelul Uniunii, punerea dreptului comparat în slujba unificării dreptului a favorizat o comparare axată pe **privilegierea asemănărilor** între sistemele de drept implicate în demersul integrator.

Problema nu este doar una de constatare istorică, ci se pretează unei asidue abordări critice, în măsura în care preocuparea pentru similitudine în drept nu pare tuturor atât de firească. „Vânătoarea" de similitudini a ridicat semne de întrebare cu privire la justificarea și relevanța ei științifică. Eliminarea programatică a diferențelor între sistemele de drept naționale poate conduce la acuzații de reducționism, imparțialitate, hegemonie, guvernanță, terorism cultural-juridic, imperialism juridic. Prin urmare, dincolo de avântul uniformizator și de interesul major pentru similitudine, există o tradiție în dreptul comparat care se axează pe postularea diferențelor între sistemele de drept comparate. Comparatistul englez H.C. Gutteridge scotea, în anii 1950, în evidență importanța prelevării diferențelor, iar comparatistul francez M. Ancel lansa, la începutul anilor 1970, o provocare la *comparaison contrastée*, considerată a fi mult mai potrivită specificului și finalităților dreptului comparat (Dannemann, 2008: 389).

Mai recent, noul val critic în dreptul comparat a scos în evidență, în spiritul postmodernismului, **importanța accentuării diferențelor** între sistemele de drept/culturile juridice ale lumii. La mijlocul anilor 1980, mișcarea studiului critic al dreptului reprezentată de Frankenberg, critica deja intens metoda funcționalistă, accentuând imposibilitatea comparatistului de a fi un observator obiectiv al alterității în drept[1]. Ca urmare, o distanțare critică și un accent aparte pe diferențiere erau absolut necesare. Tendința critică s-a accentuat în anii 1990 și începutul secolului al XXI-lea, odată cu răspândirea incisivă a contextualismului și culturalismului juridic. Perspectiva are în centru legătura intimă dintre drept și societate, iar postularea diferențierii are la bază unicitatea fiecărei culturi juridice. De aici a rezultat, în mod firesc,

[1] A se vedea *infra,* Capitolul VII, secțiunea a 3-a, subsecțiunea 2.5.

o **prezumție de diferențiere**. Având în vedere faptul că „cea mai credibilă trăsătură a umanității poate fi diferența între oameni", diferențele între culturile juridice nu trebuie doar detectate și accentuate, dar ele trebuie să fie realmente ireductibile (Grosswald Curran, 1998: 667). Atâta timp cât a compara înseamnă a pune față în față sinele juridic cu alteritatea în drept, a realiza un demers de conturare a similitudinilor înseamnă a absorbi cele două entități într-un tot lipsit de identitate. În aceste condiții, compararea juridică nu doar că este lipsită de etică, dar se și autoelimină ca demers mai mult sau mai puțin științific. În momentul în care nu mai există balansul dintre sine și altul în drept, compararea juridică nu se mai justifică. Ireductibilitatea sistemelor de drept și a culturilor juridice nu ar trebui să fie, din perspectiva postmodernismului, o simplă perspectivă metodologică aleasă sau nu de comparatist în analiza alterității în drept. **Ireductibilitatea se impune comparatistului** datorită incomensurabilității lor, *i.e.* coexistența fără posibilitatea unei înțelegeri mutuale sau unei depline comunicări (Legrand, 2003: 286; Grosswald Curran, 2008: 691). Condamnate la diferențiere, sistemele și culturile juridice naționale se pot afirma ca alteritate juridică în măsura în care comparatistul le analizează în contextul care le determină și înțelege valențele epistemologice ale limbii/limbajului prin care ele se exprimă.

Puse față în față în anumite contexte, cele două tendințe își pot releva pe deplin potențialul conflictual. Nu întâmplător, aflată în centrul disputei similitudine *versus* diferențiere, convergența juridică în UE a împărțit încă de timpuriu comparatiștii în tabăra celor care susțin necesitatea eliminării diferențelor și tabăra celor care atrag atenția asupra pericolelor și inconvenientelor culturale și lingvistice ale unificării juridice[1]. Pentru primii, utilizarea comparării juridice în scopul evidențierii miezului comun, a principiilor comune sau a celei mai bune soluții în procesul convergenței (chiar unificării) dreptului privat european este cât se poate de legitim. Pentru ceilalți, proiectul de uniformizare a dreptului privat european nu face altceva decât să confere demersului comparativ valențe hegemonice și chiar totalitare. Se remarcă, astfel, faptul că doar un demers care să ia în considerare complexitatea dreptului în acțiune (*law in action*) și a dreptului în context (*law in context*), cu alte cuvinte diversitatea manifestărilor juridice în procesul de construcție juridică europeană, poate transforma dreptul comparat într-un adevărat instrument al cunoașterii (Niglia, 2006: 426). Iar aceasta deoarece, în perspectiva postmoderniștilor, a cunoaște înseamnă a accepta și înțelege diversitatea. Problema nu și-a găsit aici un răspuns teoretic adecvat, comparatiștii fiind încă împărțiți între tabăra celor care consideră că „ceea ce dorim în ultimă instanță este diferențierea de dragul ei" și a

[1] A se vedea *infra*, Capitolul IX, secțiunea a 2-a.

celor care consideră că dreptul comparat este „o amenințare" la adresa diferențierii (Örücü, 1999: 20). Oricum, așa cum s-a observat, cei interesați de similitudini în contextul unificării dreptului privat european nu sunt dezinteresați de diferențe, cel puțin ca premisă metodologică a realizării unificării dreptului, dacă nu ca finalitate a demersului comparativ.

Căutarea și accentuarea diferențelor juridice și cultural juridice între sistemele de drept ale statelor membre ale Uniunii poate avea însă și efecte negative. Dincolo de valențele etice ale postulării alterității în drept prin renunțarea la proiecte asimilaționiste, căutarea și **promovarea diferențelor** între sistemele și culturile juridice se poate transforma într-un proiect izolaționist care să promoveze cu orice preț identitatea juridică națională (Monateri, 1998: 827-828). Obstinația juriștilor englezi de a nu recunoaște existența unor influențe ale sistemului de drept romano-germanic asupra sistemului de drept *common law* accentuează o atitudine de distanțare programatică față de tot ceea ce reprezintă o zestre cultural-juridică alogenă (Markesinis, 1997: 163-164).

Ceea ce am prezentat până aici sunt, în bună măsură, **extreme**. Ele se manifestă în anumite zone ale dreptului comparat și în vederea realizării anumitor scopuri ale acestuia. Prin urmare, faptul că o anumită perioadă a privilegiat compararea integrativă sau pe cea diferențială nu înseamnă că cealaltă tendință a fost complet exclusă. Între aceste extreme putem descoperi, în aceeași perioadă, deopotrivă preocupări pentru similitudine sau pentru diferențiere, uneori chiar la același comparatist. Pe de altă parte, există zone/nivele de comparare juridică și finalități practice ale dreptului comparat unde compararea ar trebui să aibă, deopotrivă, în evidență similitudini și diferențieri între sistemele de drept analizate: în procesul de unificare a dreptului (inclusiv la nivel european), analiza diferențelor nu ar trebui pierdută din vedere; în cazul soluționării unei probleme specifice în dreptul național, trebuie avute în vedere deopotrivă similitudinile și diferențele față de alte sisteme de drept; la fel în cazul aplicării dreptului străin în probleme legate de dreptul internațional privat ori în cazul alegerii între diverse soluții juridice în raporturile comerciale internaționale (Dannemann, 2008: 402-405).

Având în vedere strânsa legătură dintre obiectul și finalitățile dreptului comparat, nu putem decât să remarcă faptul că finalitățile dreptului comparat sunt pe măsura și complexitatea obiectului, așa cum și obiectul dreptului comparat vine în întâmpinarea diversității finalităților acestuia. Fără a elimina din ecuație nevoia de a urmări, în mod programatic, fie asemănările, fie deosebirile între sistemele și culturile juridice, ar trebui să ajungem la ideea că dreptul comparat poate produce cunoaștere și face știință pură doar în momentul în care compararea își face pur și simplu treaba. Prin urmare,

dincolo de compararea juridică subiectiv unidirecționată, realizată de mulți comparatiști ai dreptului, se susține că dreptul comparat oferă o adevărată îmbogățire a cunoașterii, o adevărată deschidere de orizonturi doar în momentul în care se au în vedere atât asemănările, cât și diferențele între sistemele de drept/culturile juridice studiate. Din punct de vedere științific este mai interesant și mai relevant a se scoate în evidență diferențele între sisteme/culturi juridice între care se constată puternice asemănări și, pe de altă parte, a se scoate în evidență asemănările între sisteme de drept/culturi juridice între care se constată remarcabile diferențieri (Örücü, 1999: 25; Merryman/Legrand, 1999: 26-27). Fără a reduce sistemele/culturile juridice străine la un numitor comun confortabil pentru comparatist, dar și fără a postula diferențieri incomensurabile și ireconciliabile, specialistul în drept comparat trebuie să afirme alteritatea în drept așa cum este ea, cu ceea ce o apropie și ceea ce o diferențiază de alte sisteme de drept/culturi juridice. Dacă acceptăm dreptul comparat ca o poartă epistemologică spre comunicarea și înțelegerea celuilalt-în-drept, nu se mai pune problema de a ne întreba ce anume trebuie să evidențiem – asemănările sau deosebirile –: trebuie să descoperim sistemele de drept/culturile juridice străine în toată complexitatea lor. Cu rezervele epistemologice de rigoare, acesta este scopul oricărei „imersiuni" într-o cultură juridică străină (Grosswald Curran, 1998: 86). Ca urmare, o centrare a finalității comparării juridice fie doar pe similitudini, fie doar pe diferențe nu face altceva decât să altereze șansele de a descoperi alteritatea în drept cât mai aproape de ceea ce este ea. Până la urmă, problema rezidă în însăși asumarea de anumite finalități care sunt centrate fie pe diferențieri, fie pe similitudini. Tocmai de aceea, comparatistul ar trebui **să se aștepte** să descopere similitudini ori diferențe, decât să explice de ce **trebuie căutate** similarități și diferențieri între sistemele de drept/culturile juridice comparate (Dannemann, 2008: 396). Așa cum precizează și J. Husa, „(...) similaritatea sau diferența este mai curând rezultatul studiului (comparatist, n.n.) decât o metodă specifică" (Husa, 2007: 12).

Secțiunea a 5-a. Dreptul comparat ca „dialog între egali"

Într-o lume contemporană în mod continuu globalizată și interconectată, distanța dintre sistemele de drept naționale, ideile, instituțiile și practicile juridice devine din ce în ce mai mică. La prima vedere, nimic nu pare a fi mai puțin nociv. Toată lumea primește câte ceva din ceea ce-și dorește: statele post-revoluționare aflate în tranziție primesc inspirație pentru refor-

ma juridico-politică prin simplă navigare pe internet; dacă prezența fizică a „inspiratorului" extern este necesară, echipa de experți străini poate fi rapid expediată cu avionul de către statul exportator de drept; cel mai incitant este faptul că juriștii naționali pot ajunge rapid în afara țării lor, pe tărâmurile aspirațiilor lor reformist-juridice, în scopul de a fi în mod direct și fertil „polenizați" de către omologii lor străini. Pe de altă parte, parlamentele naționale, convocate pentru a legitima reformele prognozate, sunt astăzi mult mai receptive la impulsurile externe ale schimbării juridice. În ceea ce privește curțile supreme sau curțile constituționale, dialogul judiciar reprezintă o excelentă oportunitate pentru dezbaterea ideologică, pentru reconsiderarea valorilor politico-juridice proprii și pentru creșterea impactului internațional al jurisprudenței naționale. Nu în cele din urmă, democrațiile vechi și experimentate ale lumii reușesc să-și exporte și mai bine sistemele lor juridice, contribuind considerabil la procesul de globalizare juridică.

Din nefericire, lucrurile sunt departe de a se derula atât de simplu pe cât pare la prima vedere. Ajutorul juridic pentru sistemele de drept aflate în tranziție pare a fi mai curând un prilej de **imperialism juridic**, atâta timp cât „superputerile" dreptului mondial contemporan își vând pe piața juridică internațională propriile soluții juridice cu titlu de panaceu universal pentru mai mult sau mai puțin imaginare „boli" juridice. De exemplu, SUA sunt nerăbdătoare să-și propună modelul constituțional federalist UE (Calabresi, Bady, 2010: 5 și urm.). Înțeles în termeni de „interes strategic" și „utilitarism", exportul constituțional al SUA pare a fi mai curând marcat de „o perspectivă auto-interesată pură" (Krotoszynski Jr., 2009: 613). Experții juridici naționali pot deveni victime ale propriei lor ignoranțe intelectuale sau ale diverselor presiuni interne și externe, atunci când „cumpără" un pachet de instituții juridice când nu e necesar, din modele juridice inutile și în cantități inexplicabile. În același timp, parlamentul național poate simți și el presiunile externe de schimbare juridică, ca manifestare a unei guvernanțe internaționale. Vechile și importantele sisteme juridice, în mod tradițional furnizori de modele juridice pe piața internațională, pot descoperi și ele neașteptate și stânjenitoare "scurgeri" de drept străin în arhitectura lor juridică domestică perfectă.

Toate aceste disconforturi sunt mai mult sau mai puțin explicate astăzi în termeni de cultură juridică și identitate juridică. Ajutorul juridic produce adesea eșecuri deoarece el ignoră, cel mai adesea, adevăratele necesități și trăsăturile cultural-juridice ale societății „ajutate". Experții juridici naționali eșuează deoarece ignoră balansul necesar dintre identitatea juridică națională și limitele raționale ale importului juridic. În același timp, schimbarea juridică realizată sub presiune internațională va întâmpina rezistența unei societăți care nu recunoaște în ea expresia speranțelor și a valorilor

proprii. De asemenea, un model juridic de export va fi cu adevărat iritat de orice influențe juridice care sunt considerate un corp străin în corpul sănătos şi experimentat al culturii juridice naționale (Krotoszynski Jr., 2009: 616, nota 1).

Câteva explicații suplimentare sunt aici posibile. Mai presus de toate, cea mai importantă problemă a lumii juridice contemporane, aflată într-un continuu proces de miniaturizare, cu dinamica ei specifică privind importul juridic, exportul juridic, migrația ideilor juridice, ajutorul juridic, imperialismul juridic etc., este refuzul expres sau ignoranța în a recunoaşte particularitățile altor sisteme de drept, alături de inexistența unor căi şi instrumente general acceptate necesare pentru a le înțelege alteritatea. Uneori, ignoranța este asortată cu o acută conştiență a particularităților şi a excelenței propriului sistem de drept. Alteori, paradoxal, această ignoranță se manifestă ca auto-ignorare atunci când un jurist comparatist este complet inconştient de specificitatea propriului sistem de drept sau propriei culturi juridice. Astfel, credința în validitatea universală şi funcționalitatea anumitor sisteme de drept de succes implică adesea o lipsă inexorabilă de înțelegere sau o înțelegere eronată a acelor societăți străine care se aşteaptă a fi inspirate de excelența lor. În acelaşi timp, aceste vechi sisteme de drept funcționale sunt atât de pline de propria lor valoare încât consideră procesul de auto-conservare mai de încredere şi mai necesar decât orice efort real de a înțelege alte sisteme şi culturi juridice. În sfârşit, anumite sisteme de drept sunt atât de inconştiente de particularitățile lor culturale, încât sunt deschise spre experimente periculoase de inginerie cultural-juridică. Demersurile taxonomice realizate de macrocomparatişti, cu accent pe dreptul național static, dintr-o perspectivă etnocentrică, eurocentrică şi cultural-reducționistă, nu au făcut decât să amplifice ignoranța în dreptul comparat. Mai mult, studierea dreptului național din perspectiva unui drept autonom şi exclusiv (Glenn, 2006: 62), alături de cursurile de drept comparat ce sunt preocupate de o descriere izolatoare a dreptului străin, nu fac nici ele altceva decât să amplifice ignoranța şi neînțelegerea juriştilor în general şi comparatiştilor în special.

Soluția epistemologică eficientă pentru aceste probleme pare a fi procesul de **contextualizare**. De la începutul secolului al XXI-lea, este din ce în ce mai clar faptul că a înțelege propriul sistem de drept sau pe cele străine înseamnă a contextualiza. Acest demers a fost cu insistență recomandat în materie de reformă constituțională, având în vedere tentația uriaşă de manifestare a hegemoniei democrațiilor consacrate (Frankenberg, 2006: 449). Acest aspect înseamnă a merge dincolo de textul de lege spre a capta înțelesuri juridice, structuri mentale, atitudini față de drept şi dreptate, opinii, credințe, valori, aşteptări, emoții, competențe şi chiar comportamente şi

practici juridice. Toate acestea înconjoară, susțin şi dau sens construcției textului de lege. În materie de drept constituțional comparat, de exemplu, apelând la cuvintele lui H. F. Pitkin, trebuie să ne aducem întotdeauna aminte faptul că o constituție este făcută şi nu găsită. Ea nu rezidă (doar) în textul constituțional, ci este, mai curând, efectul unor interacțiuni umane, produsul unei istorii şi este plăsmuită din luptă politică. Astfel, pentru a înțelege o constituție străină şi un sistem constituțional străin, comparatistul trebuie să înțeleagă nu doar faptul că o societate are o constituție, ci şi ce anume acea societate face şi este din punct de vedere constituțional (Pitkin, 1987: 167-169). Prin urmare, înțelegerea profundă a unui sistem constituțional străin şi a culturii sale constituționale nu poate fi obținută decât prin utilizarea unor complexe contexte interpretative (implicit explicative), *i.e.* literar, doctrinal, politic, economic, social, istoric şi cultural (Harding & Leyland, 2007: 316-317).

Toate acestea pot schimba fața dinamicii mondiale a dreptului (comparat). Luând în calcul contextul, experții juridici străini, furnizorii unui ajutor sincer şi nedeterminat politic, ar trebui să înlocuiască algoritmele juridice abstracte şi universal valabile cu o înțelegere contextualizată a nevoilor juridice aparținând societății ajutate. Cultura generală şi cultura juridică a societății ajutate ar trebui să fie continuu avute în vedere pentru a asigura succesul reformei juridice. Acelaşi lucru este valabil şi pentru experții juridici naționali: analiza contextuală a propriilor nevoi juridice ar trebui să-i conducă la un import juridic rațional, *i.e.* înțelegerea corectă a ce, cum, când şi de unde să importe. Parlamentul național, subiect al unor presiuni externe pentru schimbare juridică, ar trebui să înțeleagă contextual balanța necesară dintre conservarea cultural-juridică şi ingineria cultural-juridică. Nu în cele din urmă, bătrânele şi experimentatele sistemele de drept, iritate de neaşteptatele intruziuni externe, ar putea avea şansa să-şi înțeleagă mai bine particularitățile culturale cu inerentele lor avantaje şi neajunsuri.

Fiind un demers delicat, înțelegerea contextualizată a altor sisteme şi culturi juridice, precum şi înțelegerea implicită sau explică a propriului sistem de drept, devine o preocupare specială pentru juristul comparatist. În cadrul comparării juridice, analiza textuală a dreptului este completată de cea contextuală sau, mai mult, cu compararea contextelor însele. Interesul pentru context în dreptul comparat înseamnă existența unui real interes pentru a-l înțelege pe celălalt în complexitatea determinărilor sale culturale, aşezând, deopotrivă, pe agenda academică asemănările şi deosebirile. Ne aflăm aici în prezența unui fel de **comparativism etic** ce implică nu doar obligația comparatiştilor străini de a urmări, pe cât posibil, un sistem sau cultură juridică în datele sale intime, ci şi, în acelaşi timp, şansa egală acordată acestuia de a-şi exprima singur particularitățile. În perspectiva

lui H.P. Glenn, acest demers presupune reîntoarcerea la rădăcinile etimologice ale conceptului „comparare". Ideea de a fi în prezența unor egali (latinescul *com/cum* – **„cu"** – și *par* – **„egal"**) scoate în evidență necesitatea și posibilitatea de a nu utiliza compararea juridică în scopul de a avantaja, impune sau elimina unul din sistemele de drept comparate, ci de a promova colaborarea între sisteme de drept interdependente (Glenn, 2006: 63) ori co-existența lor pașnică (Glenn, 2007: 92). Mai mult, pentru Glenn, a acorda o șansă reală la suport mutual și înțelegere reciprocă înseamnă a depăși nevoia de a așeza sisteme de drept statale și/sau culturi juridice unele lângă altele în cadrul com-parării. Ideile de sistem de drept național și de cultură juridică (națională) sunt reducționiste și auto-referențiale (Glenn, 2003: 87-99). Tocmai de aceea, o reală com-par(are) ar trebui să aibă în vedere tradiții juridice (în înțelesul lor de informație[1]), fapt care permite o corectă afirmare a pluralismului cultural-juridic și o transgresare a granițelor artificiale (Glenn, 2007: 102-106). Pentru culturaliști precum P. Legrand valorizarea întâlnirii dintre egali nu înseamnă altceva decât o perpetuă afirmare a alterității în drept, o perpetuă revelare a diferențelor între sistemele și culturile juridice în limitele recunoașterii neputinței de a-l înțelege pe deplin pe celălalt.

O asemenea abordare, indiferent că ne situăm în limitele profundei înțelegeri sau a imposibilității de a-l înțelege deplin pe celălalt, nu poate implica un proces de inginerie culturală între comparatiștii dreptului. Așa cum precizează S. F. Kreimer referindu-se la compararea în materie de drept constituțional, „deschiderea intelectuală și smerenia sunt virtuți și este bine a se aborda produsul altor sisteme constituționale având aceste virtuți la îndemână" (Kreimer, 1998-1999: 647). Asimilarea efectivă și practicarea acestui tip de comparativism juridic implică însă o schimbare profundă de mentalitate, o transformare a legăturilor culturale și cultural-juridice ale comparatistului. O provocare reală este ridicată comparatistului contemporan de cea mai incomodă abordare anti-contextuală aplicată astăzi, *i.e.* pozitivismul juridic și analiza comparativă mono-disciplinară axată exclusiv pe exegeza juridică. Nu în ultimul rând, comparatistul ar trebui să accepte cu reală deschidere ideea necesității diversității cultural-juridice, să renunțe la apetitul, uneori natural, spre etnocentrism, parohialism și naționalism și, strâns legat de aceste aspecte, comparatistul occidental să renunțe la ideea hegemoniei dreptului occidental (Werro, 2000-2001: 1231-1232).

[1] A se vedea *infra*, Capitolul IX, secțiunea a 3-a.

Secțiunea a 6-a. Dreptul comparat și postularea identității juridice naționale[1]

Ce învățăminte poate trage comparatistul român, în special, şi juristul român, în general, din această perspectivă interesantă a nevoii de a aşeza față în față sistemele de drept naționale ca parteneri egali de dialog? Problema nu este doar teoretic interesantă, ci ea are profunde implicații practice, mai ales în condițiile în care România şi sistemul ei juridic sunt parte efectivă a procesului de integrare (juridică) europeană. În acest context, putem vorbi, din punctul nostru de vedere, despre o finalitate aparte a dreptului comparat: aceea de a contura identitatea juridică a sistemului de drept național. Acest aspect, pe de o parte, nu se confundă cu mai vechea finalitate a dreptului comparat de a permite juristului național să-şi cunoască mai bine propriul sistem de drept. Dimpotrivă, depăşind o percepție statică, pur pozitivistă a dreptului, funcția de postulare a identității juridice naționale face apel la resorturile culturale profunde ale unei anumite națiuni. Pe de altă parte, acest demers nu este menit să transforme sistemul de drept național într-o fortăreață care nu poate fi deconstruită ori transformată sub influența culturilor şi a sistemelor juridice străine. Dimpotrivă, asumarea identității juridice prin comparare reprezintă, din punctul nostru de vedere, o etapă prealabilă, necesară deschiderii spre dialogul cu celelalte sisteme de drept.

Evaluarea prin prisma dreptului comparat poate oferi o perspectivă complet clarificatoare asupra procesului integrării (juridice) europene pe care România îl parcurge alături de alte state membre ale UE. Din această perspectivă, transpunerea unei cantități impresionante de norme juridice comunitare în sistemul de drept românesc nu reprezintă altceva decât un proces de import juridic masiv. Ar fi în avantajul atât al identității juridice româneşti, cât şi al aplicării cu succes a dreptului european în România, dacă doctrina juridică românească, actorii dreptului românesc, în genere, ar fi conştienți de mecanismele şi consecințele presiunii pe care acest drept străin o exercită asupra sistemului de drept românesc, asupra culturii juridice şi societății româneşti per ansamblu. Transpunerea şi aplicarea dificilă în România a unor directive europene ar trebui să ridice semne de întrebare cu privire la ingineria socio-culturală pe care dreptul european tinde să o dezvolte, precum şi cu privire la dorința societății româneşti de a accepta peste noapte schimbarea tradițiilor sale (juridice). Doctrina juridică românească ar trebui să îşi asume şansa de a înțelege corect, prin prisma

[1] Acest subcapitol are la bază studiul nostru *Comparative Law in Romania: History, Actuality and Perspectives*, publicat în Romanian Journal of Comparative Law, vol. 1/2010, pp. 9-70.

dreptului comparat, fenomenologia complexă a procesului schimbării socio-culturale care a adus față în față sistemele de drept naționale şi le-a obligat să interacționeze.

De la bun început, ar trebui amintit că aproape întreg procesul construcției juridice în UE tinde să fie susținut de o intensă analiză comparativă. Principala provocare a actorilor dreptului românesc este de a stabili dacă doresc să fie parte a acestui demers comparativ sau doar beneficiarii săi. Cu alte cuvinte, pot şi sunt capabile sistemul de drept românesc şi cultura juridică românească să participe la procesul de comparare şi, implicit, creare, a dreptului european sau ele vor fi perpetuu doar subiectele importului unui drept creat de alții? O cultură juridică românească conştientă de sine ar trebui să înțeleagă locul sistemului de drept românesc în cadrul acestui proces comparativ-juridic centrat pe postularea similitudinilor şi a cărui obiectivitate poate fi pusă sub semnul întrebării datorită unei active şi inevitabile agende a uniformizării. Este des acceptat, în acest sens, caracterul politic al unificării juridice europene, dincolo de o continua luptă pentru supremație între diferitele culturi juridice naționale (Schlechtriem, 2000-2001: 1179-1180). În scopul de a nu deveni un spectator pasiv care să asimileze un spectacol juridic jucat de actori juridici străini, doctrina juridică românească, actorii dreptului în general, ar trebui să accepte faptul că a se alătura unor proiecte de unificare juridică, precum Codul Civil European, ar trebui să fie cu prioritate o premisă a înțelegerii pluralismului juridic pe continental european. Pentru a fi o parte a „pluralismului ordonat" (Delmas-Marty, 2006: 26-32; Blanc-Jouvan, 2000/2001: 1241) european prin intermediul convergenței juridice, sistemul cultural-juridic românesc trebuie să se manifeste conştient ca o identitate juridică în stare să interacționeze şi, la nevoie, să contrasteze cu celelalte identități juridice europene. Trebuie înțeles faptul că la nivelul procesului de unificare juridică europeană o cultură juridică precum cea românească nu este implicată automat în procesul de comparare juridică: ea trebuie să se impună ca partener de dialog juridic perfect conştient de identitatea sa.

În acest context, se aşează într-o cu totul altă lumină modul în care nou-veniții în Uniune sunt integrați în spațiul juridic comun european. În acest caz, compararea juridică este inexistentă. Dacă între sistemele de drept ale statelor membre ale UE se pune problema comparării juridice, în scopul obținerii unor soluții juridice comune, în cazul noilor state membre compararea lipseşte. Acest lucru este, până la urmă, normal, având în vedere că sistemele de drept ale acestora au intrat post-factum în piața posibilelor soluții juridice de luat în considerare la edictarea dreptului european. Chiar şi prin absurd, nu se poate concepe un demers prin care dreptul european ar putea fi re-evaluat comparativ pentru a se poziționa față

de noile sisteme de drept. Prin urmare, este o sarcină dificilă pentru doctrina juridică românească să facă față şocului cultural-juridic pe care îl presupune politica „acceptă sau pleacă" aplicată de UE nou-veniților (Burrows, 1996: 311). Este şocant faptul că intrarea pe tărâmul dreptului comparat european şi al presupusului dialog cultural este realizată prin renunțarea la perspectiva comparativă şi prin ignorarea totală a individualității culturale şi juridice a noilor membri. Prin urmare, cultura juridică şi sistemul de drept românesc trebuie să fie (auto) dezmembrate pentru a fi (re)construite prin inginerie culturală europeană. Dreptul românesc şi societatea românească experimentează aici, ca să-l parafrazăm pe P. Legrand (Legrand, 1997-1998: 799 şi urm.), o „politică a excluderii", dar realizată prin includere. Proiectul integrării politice şi economice a României în structurile UE nu a fost însoțit, din punct de vedere etic, de un efort real de includere (nu de asimilare) culturală şi juridică. Paradoxal, politica excluderii cultural-juridice a fost şi încă este practicată pe scară largă de către elita politică românească însăşi. În consecință, dacă ideea „aroganței" în materie de schimbare juridică poate fi avansată (Legrand, 1997: 56 şi urm.), atunci o idee echivalentă de (auto) umilire în cadrul procesului de schimbare juridică poate fi de asemenea pertinentă. Prin urmare, depinde de conştiența actorilor dreptului din România măsura în care logica „depravării juridice", ancorată în aproape firească ignorare a culturilor juridice non-europene în procesul de integrare europeană (Husa, 2006: 85), va include şi o ignorare a culturilor juridice europene non-vestice. Într-adevăr, de ce ar fi interesată această comparare juridică „direcționată" interesată de diversele culturi juridice non-europene/ non-vestice când ea are probleme reale cu aparenta non-convergență a tradițiilor juridice (vest-)europene?! Dezbaterea academică cu privire la integrarea juridică europeană, dreptul european şi cultura juridică europeană este aproape exclusiv centrată pe problemele comensurabilității, comprehensibilității, convergenței şi fertilizării trans-culturale între tradițiile romano-germanică şi *common law*, incluzând cu necesitate culturile juridice vest-europene. În acest context, folosind cuvintele lui E. Örücü, cultura juridică românească ar trebui să se auto-identifice ca o posibilă co-contaminantă şi co-iritantă a celorlalte culturi şi sisteme juridice europene în procesul convergenței juridice europene (Örücü, 2002: 211).

În acelaşi timp, trebuie realizat că un proiect de uniformizare formal-juridică la nivel european, centrată pe normele juridice, direcționată fie de sus în jos, fie de jos în sus, sprijinită sau nu de dreptul comparat, poate fi o amenințare pentru identitatea juridică națională, atâta timp cât ea tinde să fie neutră din punct de vedere cultural. Pe de altă parte, trebuie înțeles faptul că orice proiect al „culturii juridice europene" ori al „identității juridice europene" (fie derulat de sus în jos, fie de jos în sus) poate fi, în anumite

circumstanțe, defectuos atâta timp cât el este un monolog al unor culturi juridice dominante în mijlocul altora „terorizate intelectual". Rămâne de văzut dacă o astfel de cultură juridică comună poate fi o rampă de lansare pentru un drept european uniform şi coherent sau dacă va implica un fel de pluralism juridic pietrificat de-a lungul Europei. Ceea ce se evidențiază clar deocamdată, mai presus de toate, este faptul că edificarea UE, ca un proiect de guvernanță la nivel european, este în mod continuu condamnată la unificare economică şi juridică (Grosswald Curran, 2001: 118 şi urm.; Kirchner, 1997-1998, 671 şi urm.), iar acest lucru nu presupune evitarea problemei diversității cultural-juridice europene. Dimpotrivă, procesul de convergență juridică europeană trebuie să administreze problema culturii juridice atât din perspectiva unei valori intrinseci ce trebuie conservată, perpetuând astfel diversitatea cultural-juridică europeană, cât şi instrumental, prin postularea unei culturi juridice comune, *i.e.* ceva fără contururi foarte clare, dar care trebuie cumva croit, la nevoie chiar prin intermediul unei inginerii culturale.

Oricum, dacă o cultură juridică europeană are şansa să se dezvolte în viitor, ea va fi cu siguranță rezultatul unui dialog cultural-juridic între actorii juridici şi politici ai Europei[1]. În consecință, conştiența sinelui juridic nu ar trebui să fie o şansă la o recluziune futilă şi infertilă în spatele zidurilor sigure ale „fortăreței" culturii juridice româneşti. Utilizarea în discursul juridic comparativ a unor expresii preluate din limbajul militar pentru a reprezenta raporturile încordate dintre culturile juridice europene, *e.g.* „fortăreață", „atac", „asediatori continentali" (Lewis, 1995-1996: 1-5), nu ajută dialogului şi schimbului real de informație între sistemele juridice implicate în procesul convergenței juridice europene. Conştiența identității juridice este o precondiție a dialogului, dar, din nefericire, poate fi încă şi un puternic element de impulsionare a şovinismului şi naționalismului juridic.

Renunțarea la naționalismul juridic nu trebuie însă să transforme cultura juridică românească într-una iritată în mod programatic de o acceptare necritică a presiunilor cultural-juridice externe. Dialogul cultural-juridic ar trebui să postuleze în doctrina juridică românească un echilibru conştient între necesitatea de auto-conservare şi, în măsura în care acest lucru este acceptat şi posibil, schimbarea juridică prin intermediul ingineriei culturale sub imperiul impulsurilor juridice şi politice externe. Este dincolo de îndoială faptul că orice schimbare cultural-juridică în contextul convergenței juridice europene este o chestiune de adeziune conştientă şi benevolă față de fertilizarea trans-culturală. Atâta timp cât, de exemplu, *Le Code Civil* este valorizat ca o „veritabilă constituție a Franței", un element care, sociologic vorbind, este esențial constitutiv pentru cultura juridică franceză, „un loc al

[1] A se vedea *infra*, Capitolul IX, secțiunea a 5-a, subsecțiunea §3.

memoriei" națiunii în aceeași măsură precum palatul de la Versailles sau La Marseillaise" (Cabrillac, 2005: 250-254) și nu un artefact cultural care să fie negociat în procesul unificării dreptului civil european, orice idee de schimbare cultural-juridică prin intermediul dialogului cultural este inutilă. În același timp, trebuie manifestat optimism (chiar dacă unul moderat) față de posibilitatea și efectele pozitive ale ingineriei cultural-juridice. Această perspectivă ar trebui să fie familiară doctrinei juridice românești, într-o societate românească ce și-a bazat în mod programatic modernizarea juridică și socială pe o teorie explicativă a schimbării cultural-juridice ce implica import instituțional-juridic și intensă inginerie socio-culturală. Acest demers este posibil deoarece dialogul cultural-juridic între egali, într-un context comparativ-juridic, nu implică în mod necesar doar acceptare și înțelegere mutuală, nu implică doar „coexistență pașnică" (Glenn, 2007: 92), ci și aculturație juridică ce poate lua chiar forma unei inginerii cultural-juridice realizate de sus în jos, precum se întâmplă în cazul jurisprudenței CtEDO (Jackson, 1997: 64-65), precum și „amestecare cultural-juridică" (Whitman, 2003: 341-342; Canivet, 2002-2003: 938). Aici ar trebui probabil înțeles faptul că pluralismul cultural-juridic poate fi un obiect al reificării ca și uniformitatea juridică și că demersul de căutare a uniformității cultural-juridice poate fi tot atât de natural și dezirabil (Cotterrell, 2007: 144) ca și postularea diversității juridice. Evident, această căutare a similitudinii cultural-juridice trebuie să balanseze corect nivelul necesar și posibil al uniformizării cultural-juridice cu tehnicile/metodele specifice în compararea juridică (Robert și Usunier, 2004: 227) și cu limitele dezirabile ale prezervării identității juridice naționale (Canivet, 2003: 647-653). Tocmai de aceea, fără a neglija pe viitor proiectul abordării dreptului transnațional în analiza comparativă (Reimann, 2000-2001: 1103 și urm.), o perspectivă comparativă asupra sistemului de drept românesc și a ordinii juridice europene ar fi mai mult decât binevenită, în scopul de a înțelege mai bine interacțiunea curentă dintre ele.

Abordarea comparativă esențială pe care o propunem aici este una a dialogului juridic între identități juridice (naționale) conștiente de sine și care se respectă mutual. Prin urmare, dreptul (național) trebuie înțeles în termeni de cultură juridică. Conștiența particularităților (naționale) ale gândirii, mentalităților și comportamentelor juridice, captate de tradițiile juridice și regăsite în „dreptul în acțiune", conferă individualitate și distincție unei anumite culturi juridice. Ea conferă, pentru a pune lucrurile într-o perspectivă românească, tărie/forță juridică. Conștiența sinelui juridic și discursul continuu despre el reprezintă o premisă a respectului de sine în materie juridică și o căutare a egalității în materie de schimbare juridică și de studiul comparat al dreptului. Tăria juridică, pe de altă parte, permite definirea, construcția, susținerea și deconstrucția culturii juridice naționale în contextul

schimbării socio-juridice, dacă e necesar şi în limite raționale şi naționale acceptate. Cu alte cuvinte, actorii români ai dreptului ar trebui, atât cât e posibil, să realizeze propriul lor management al culturii juridice naționale.

Analiza comparativă este esențială pentru înțelegerea de sine în materie cultural-juridică, prin conştiența specificității cultural-juridice a celuilalt. În acest context, respectul mutual întru diversitate juridică nu ar trebui să însemne cu necesitate comunicare culturală prin contemplare perpetuă a diferențelor în materie juridică, ci, dacă e necesar, schimbare cultural-juridică voluntară şi conştientă în scopul realizării asemănării juridice. Iar acest lucru se va întâmpla, cel mai adesea, prin intermediul transplantului juridic. Aşa cum teoria formelor fără fond demonstrează[1], abordarea comparativă în materie de import juridic presupune existența unui ochi critic sau unei doze de raționalitate care să protejeze cultura juridică şi identitatea juridică națională. Un import juridic realizat atunci când e necesar, de unde e cu adevărat folositor, luând în considerare contextul cultural şi social intern, conferă tărie unei culturi juridice naționale.

Fără a neglija diversitatea cultural-juridică internă a societății româneşti contemporane, am favorizat în mod intenționat cultura juridică națională ca o „unitate culturală" distinctă, datorită extraordinarelor provocări pe care dreptul românesc şi societatea românească trebuie să le înfrunte în contextul integrării juridice europene. În cadrul acestui dialog privilegiat între culturile juridice naționale, sistemul de drept românesc şi cultura juridică românească nu trebuie să fie doar obiectul unei schimbări cultural-juridice, ci şi un subiect activ al acesteia. Acest lucru nu înseamnă o rezistență *ab initio* a sistemului de drept românesc față de idei, stiluri şi finalități juridice străine de dragul individualității juridice şi conservării în materie de drept, ci mai curând, o opoziție, față de impunerea necondiționată din afară a unei schimbări în materie socio-juridică. Ca urmare, tradiționalele teme ale importului juridic rațional şi ochiului critic în materie de import juridic ar trebui reasumate şi reînvățate ca structuri epistemologice centrale ale culturii juridice româneşti.

[1] A se vedea *infra*, Capitolul VIII, secțiunea a 5-a, subsecțiunea §2.

Bibliografie

Adams, Maurice, *Comparative Law in a Globalizing World: Three Challenges*, în Tilburg Law Review, vol. 17/2012, pp. 263-268;

Ajani, Gianmaria, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 43/1995, pp. 93-117;

Alpa, Guido, *The European Civil Code: E Pluribus Unum*, în Tulane European and Civil Law Forum, vol. 14/1999, pp. 1-14;

Ancel, Marc, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971;

Andenas, Mads and Fairgrieve, Duncan, *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, în P.G. Monateri (ed.), Methods of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northamtpon, 2013, pp. 25-60;

Basedow, Jurgen, *Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid*, în European Journal of Private Law, vol. 9/2001, pp. 35-49;

Basedow, Jurgen, *Comparative Law and its Clients*, Max Planck Private Law Research paper no. 14/2, 2014, pp. 1-34, accesibil la SSRN: http://ssrn.com/abstract=2391171;

Bercea, Raluca, *Drept comunitar. Principii*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007;

Bermann, George, Glenn, Patrick, Scheppele, Kim Lane, Shalakany, Amr, Snyder, David V., Blanc-Jouvan, Xavier, *Centennial World Congress on Comparative Law: Closing Remarks*, în Tulane Law Review, vol. 75/2000/2001, pp. 1235-1245;

Bogdan, Michael, *Comparative Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Tano, 1994;

Boyron, Sophie, *General Principles of Law and National Courts: Applying a Jus Commune*, în European Law Review, vol. 23/1998, pp. 171-178;

Brown, L. Neville, *Comparative Law and the Court of Justice of the European Communities*, în Cambrian Law Review, vol. 7/1976, pp. 65-75;

Brun, Alain, *Rapport introductif sur le rôle du droit comparé dans la préparation du dossier concernant la protection des données*, în Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen, Schulthess, Zürich, 2002, pp. 107-125;

Burrows, Noreen, *European Community: the Mega Mix*, în *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, Kluwer Law int., 1996, pp. 297-313;

Bussani, Mauro, *Current Trends in European Comparative Law: The Common Core Approach*, în Hastings International & Comparative Law Review, vol. 21/1998, pp. 785-801;

Bussani, Mauro, *"Integrative" Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems*, în European Review of Private Law, vol. 1/2000, pp. 85-99;

Cabrillac, Remy, *Le Code civil est-il la véritable constitution de la France?*, în Revue Juridique Thémis n.s., vol. 39/2005, pp. 246-259;

Calabresi, Steven G., Bady, Kyle, *Is the Separation of Powers Exportable,* în Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 33/2010, pp. 5-16;

Campana, Marie-Jeanne, *Vers un langage juridique commun en Europe?,* în European Review of Private Law, vol. 8/2000, pp. 33-50;

Canivet, Guy, *The Interrelationship between Common Law and Civil Law*, în Louisiana Law Review, vol. 63/2002-2003, pp. 937-944;

Canivet, Guy, *Le droit communautaire et le juge national,* în D. Simon (dir.), Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, Presses universitaire de Strasbourg, Strasbourg, 2003, pp. 81-95;

Canivet, Guy, *La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français*, în European Review of Private Law, vol. 11/2003, pp. 50-65;

Carbonnier, Jean, *A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger*, în Essai sur les lois, Répertoire du notariat Defrenois, Paris, 1995, pp. 227-238;

Cotterrell, Roger, *Is it so Bad to be Different?,* în E. Örücü and D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 133-154;

Dannemann, Gerhard, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, în M. Reimann and M. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 383-420;

David, René, *Le droit comparé enseignement de culture générale,* în Revue internationale de droit comparé, Nr. 4/1950, pp. 682-685;

David, René, *Méthodes de l'unification,* în *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, Paris, 1982, pp. 304-318;

David, René, Brierley, John E., *Major Legal Systems in the world today*, Stevens & Sons, London, 1985;

Dehousse, Renaud, *Comparing National and EC Laws: The Problem of the Level of Analysis,* în The American Journal of Comprative Law, vol. 42/1994, pp. 761-781;

Delmas-Marty, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil, Paris, 2006;

Demleitner, Nora V., *Challenge, Opportunity and Risk: An Era of Change in Comparative Law,* în The American Journal of Comparative Law, vol. 46/1998, pp. 647-655;

Drobnig, Ulrich, *The use of Comparative law by Courts,* în U. Drobnig and S. van Erp, The use of Comparative law by Courts, XIVth International Congress of Comparative Law, Athens 1997, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, pp. 3-21;

Dutoit, Bernard, *Essai de synthèse,* în The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law, Colloquium organized by the Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne, 14-15th of April 2000, Schulthess, Zurich, 2002, p. 185-199;

Ewald, William, *Comparative Jurisprudence (I): What was it to Try a Rat?,* în University of Pennsylvania Law Review, vol. 143/1994-1995, pp. 1889-2149;

Farnsworth, E. Allan, *Looking in from Outside your Garden: Another view of Comparative Law,* în Perméabilité des ordres juridiques. Rapports présentes à l'occasion du colloque-anniversaire de L'Institut suisse de droit comparé, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, nr.20/1992, Schulthess Verlag, Zurich, 1992, pp. 413-427;

Forrester, Ian S., *The Role of Comparative Law in the Development of European Law in Intellectual Property,* în Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen, Schulthess, Zurich, 2002, pp. 87-104;

Frankenberg, Gunter, *Comparing Constitutions: Ideas, ideals, and ideology – toward a layered narrative,* în International Constitutional Law, vol. 4/2006, pp. 439-459;

Glenn, H. Patrick, *Harmonization of private law rules between civil and common law jurisdictions,* în *Rapports généraux au XIIIe Congres International de Droit Comparé, Montreal-1990*, Les Editions Yvon Blais Inc., 1992, pp. 79-95;

Glenn, H. Patrick, *Vers un droit comparé intègre?,* în L'avenir de Droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Société de législation comparée, Paris, 2000, pp. 105-116;

Glenn, H. Patrick, *Comparative Law and Legal Practice. On Removing la Borders,* în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 977-1002;

Glenn, H. Patrick, *The Nationalist Heritage,* în P. Legrand, Roderick Munday (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 76-99;

Glenn, H. Patrick, *Aims of Comparative Law,* în J.M. Smits (ed.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/ Northampton, 2006, pp. 57-65;

Glenn, H. Patrick, *Com-paring,* în Comparative Law. A Handbook, E. Örücü and D. Nelken (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 91-108;

Gordon, Mitchell, *Don't Copy Me, Argentina: Constitutional Borrowing and Rhetorical Type*, în Washington University Global Studies Law Review, vol. 8/2009, pp. 487-519;

Grossfeld, Bernhard, *The strength and weakness of Comparative Law,* Clarendon Press, Oxford, 1990;

Grossfeld, Bernhard, *Comparatists and Languages,* în P. Legrand and R. Munday (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 154-194;

Grosswald Curran, Vivian, *Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives,* în The American Journal of Comparative Law, vol. 46/1998, pp. 657-668;

Grosswald Curran, Vivian, *Romantic Common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union*, în Columbia Journal of European Law, vol. 7/2001, pp. 63-126;

Grosswald Curran, Vivian, *Comparative Law and Language,* în M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 675- 707;

Gutteridge, Harold Cooke, *Le droit comparé,* Librairie générale du droit et de jurisprudence R. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1953;

Guțan, Manuel, *Transplantul constituțional și obsesia semiprezidențialismului francez în România contemporană (II)*, în Pandectele Române, nr. 7/2010, pp. 31-67;

Harding, Andrew and Leyland, Peter, *Comparative Law in Constitutional Contexts,* în E. Örücü and D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 313-338;

Hondius, Ewoud H., *The Judiciary: an Obstacle to the Harmonization of Civil and Common Law?,* în Comparability and Evaluation. Essays on comparative law, Private International Law and International Commercial Arbitration, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1994, p. 99-121;

Husa, Jaakko, *Emancipation or Deprivation for the European Legal Mind? The Contribution of the Legal Traditions Approach*, în Maastricht Journal of European and Comparative Law, no. 1/2006, pp. 81-107;

Husa, Jaakko, *About the Methodology of Comparative Law – Some Comments Concerning the Wonderland*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2007/5, Maastricht 2007, pp. 1-20;

Jackson, John D., *Playing the Culture Card in Resisting Cross-Jurisdictional Transplants: a Comment on "Legal Processes and National*

Culture", în Cardozo Journal of International and Comparative Law, vol. 5/1997, pp. 51-67;

Johnston, Angus, *European Community Law and National Private Law – „Never the Twains Shall Meet"?*, în Cambridge Student Law Review, vol. 56/2007, pp. 56-68;

Kamba, Walter J., *Comparative law: a theoretical framework,* în International and Comparative Law Quarterly, Vol. 23/1974, pp. 485-519;

Kirchner, Christian, *A "European Civil Code"; Potential, Conceptual, and Methodological Implications,* în U. C. Davis Law Review, vol. 31/1997-1998, pp. 671-692;

Kjaer, Anne Lise, *A Common Legal Language in Europe?,* în M. van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, pp. 377-398;

Kötz, Hein, *Comparative law in Germany today,* în L'avenir de Droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Société de législation comparée, Paris, 2000, pp. 17-32;

Kreimer, Seth F., *Invidious Comparisons: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing,* în University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, vol. 1/1998-1999, pp. 640-650;

Krotoszynski Jr., Ronald J., *The Perils and the Promise of Comparative Constitutional Law: The New Globalism and the Role of the United States in Shaping Human Rights*, în Arkansas Law Review, vol. 61/2009, pp. 603-620;

Lando, Ole, *The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law*, în Hastings International and Comparative Law Review, vol. 21/1997-1998, pp. 809-823;

Lando, Ole, *Comparative Law and Lawmaking,* în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 1015-1032;

Legeais, Raymond, *Grands systèmes de droit contemporains*, Litec, Paris, 2004;

Legrand, Pierre, *Comparative Law Studies and Commitment to Theory*, în Modern Law Review, vol. 58/1995, pp. 262-273;

Legrand, Pierre, *Comparer,* în Revue international de droit comparé, vol. 48/1996, pp. 279-318;

Legrand, Pierre, *Against a European Civil Code*, în Modern Law Review, vol. 60/1997, pp. 44-62;

Legrand, Pierre, *Codification and the Politics of Exclusion: a Challenge for Comparativists*, în U. C. Davis Law Review, vol. 31/1997-1998, pp. 799-808;

Legrand, Pierre, *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*, în American Journal of Comparative Law, vol. 47/1999, pp. 3-66;

Legrand, Pierre, *The same and the different*, în P. Legrand and R. Munday (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 240-311;

Lenaerts, Koen, *Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 52/2003, pp. 873-906;

Lenaerts, Koen, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire,* în L'utilisation de la méthode comparative en droit européen, Presses universitaires de Namur, Namur, 2003, p. 111-168;

Lewis, Xavier, *A Common Law Fortress under Attack: is English Law being Europeanized?,* în Columbia Journal of European Law, vol. 2/1995-1996, pp. 1-24;

Lewis, Xavier, *The Europeanization of the Common Law,* în R. Jagtenburg, E. Örücü and A. de Roo (ed.), *Transfrontier Mobility of Law*, Kluwer Law International, Haga, 1995, pp. 47-61;

Lord Justice Mance, *Foreign and Comparative Law in Courts,* în Texas International Law Journal, vol. 36/2001, pp. 415-426;

Lord Steyn, *The Challenge of Comparative Law*, în European Journal of Law Reform, vol. 8/2006, pp. 3-11;

Maher, Imelda, *National Courts as European Community Courts,* în Legal Studies, nr. 14/1994, pp. 226-243;

Maine, Henry Sumner, *Village Communities in the East and West,* J. Murray, London, 1871;

Markesinis, Basil, *Comparative Law – A Subject in Search of an Audience*, în Modern Law Review, vol. 53/1990, pp. 1-21;

Markesinis, Basil and Fedtke, Jorg, *The Judge as Comparatist, în Tulane Law Review,* vol. 80/2005-2006, pp. 11-168.

Miallot, Camille, *L'intégration du droit européen des marchés publics,* în Critique de l'intégration normative, PUF, Paris, 2004, pp. 113-137;

Mollers, Thomas M. J., *The Role of Law in European Integration,* în The American Journal of Comparative Law, vol. 48/2000, pp. 679-711;

Monateri, Pier Giuseppe, *"Everybody's Talking": The Future of Comparative Law*, în Hastings International and Comparative Law Review, vol. 21/1998, pp. 825-846;

Muir-Watt, Horatia, *La fonction subversive du droit comparé*, în Revue internationale de droit comparé, vol. 52/2000, pp. 503-527;

Niglia, Leone, *Taking Comparative Law Seriously – Europe's Private Law and the Poverty of the Ortodoxy*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 54/2006, pp. 401-427;

Örücü, Esin, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, în Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking, No. 59/1999, Kluwer Law International, Deventer, pp. 1-133;

Örücü, Esin, *Law as Transposition*, în International Comparative Law Quarterly, vol. 21/2002, pp. 205-223;

Örücü, Esin, *The Enigma of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004;

Pescatore, Pierre, *Community Law and the National Judge*, în International Business Law, vol. 46/1973, pp. 41-48;

Pescatore, Pierre, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, à des normes déduits de la comparaison des états membres*, în Revue internationale de droit comparé, vol. 32/1980, pp. 337-359;

Picard, Etienne, *L'état du droit comparé en France, en 1999*, în *L'avenir de Droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de législation comparée, Paris, 2000, pp. 149-177;

Pitkin, Hanna Fenichel, *The Idea of a Constitution*, în Journal of Legal Education, vol. 37/1987, pp. 167-169;

Reimann, Mathias, *The End of Comparative Law as an Autonomous Subject*, în Tulane European and Civil Law Forum, vol. 11/1996, pp. 49-72;

Reimann, Mathias, *Towards a European Civil Code: Why Continental Jurists Should Consult their Transatlantic Colleagues*, în Tulane Law Review, vol. 73/1998-1999, pp. 1337-1346;

Reimann, Mathias, *Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age*, în Tulane Law Review, vol. 75/2000/2001, pp. 1103-1119;

Robert, Veronique, Usunier, Laurance, *Du bon usage du droit comparé*, în Critique de l'intégration normative, PUF, Paris, 2004, pp. 227-255;

Rozakis, Christos L., *The European Judge as Comparatist*, în Tulane Law Review, vol. 80/2005, pp. 257-279;

Sacco, Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, Paris, 1991;

Samuel, Geoffrey, *Comparative Law as a core subject*, în Legal Studies, vol. 21/2001, pp. 444-459;

Schiemann, Konrad, *A Response to The Judge as Comparatist*, în Tulane Law Review, vol. 80/2005-2006, pp. 281-297;

Schlechtriem, Peter, *EC Directives, Common Principles and Law Reforms*, în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 1177-1183;

Schlesinger, Rudolf B., *The Past and Future of Comparative Law*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 43/1995, pp. 477-481;

Schmid, Christoph U., *"Bottom-Up" Harmonisation of European Private Law*, în V. Heiskanen and K. Kulovesi, (eds.), Function and Future of European Law, Publications of the Faculty of Law, University of Helsinki, Helsinki, 1999, pp. 75-89;

Smits, Jan M., *European Private Law as Mixed Legal Systems. Towards a Ius Commune through the Free Movement of Legal Rules*, în Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 5/1998, pp. 328-340;

Smits, Jan M., *The Europeanization of National Legal Systems: some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Coutries,* în M. van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2004, pp. 229-245;

Smits, Jan M., *Rethinking Methods in European Private Law,* în M. Adams and J. Bomhoff (ed.), Practice and Theory in Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 170-185;

Siems, Mathias M., *The End of Comparative Law*, în The Journal of Comparative Law, vol. 2/2007, pp. 133-150;

Stauder, Bernd, *L'exemple du droit de la consommation*, în Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen, Schulthess, Zurich, 2002, pp. 11-42;

Tallon, Denis, *L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de Common Law*, în Revue internationale de droit comparé, nr. 2/1990, pp. 513-523;

Taschner, Hans Claudius, *Company Law*, în *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Schulthess, Zurich, 2002, pp. 61-74;

Tănăsescu, Simina and Deaconu, Ștefan, *Romania: Analogical Reasoning as a Dialectical instrument,* în T. Groppi and J.M. Ponthoreau (ed.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Hart Publishing. Oxford, 2013, pp. 321-345;

Tercier, Pierre, *La perméabilité des ordres juridiques. Rapport introductif,* în Perméabilité des ordres juridiques. Rapports présente à l'occasion du colloque-anniversaire de L'Institut suisse de droit comparé, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Nr.20/1992, pp. 11-30;

Teubner, Gunter, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, în Modern Law Review, vol. 61/1998, pp. 11-32;

Urban, Nikolaus, *One legal language and the maintenance of cultural and linguistic diversity?*, în European Review of Private Law, vol. 8/2000, pp. 51-57;

van der Mensbrugghe, Fracois R., *Comparative Methodology as a Means of Dissipating Tension,* în L'utilisation de la méthode comparative en droit européen, Presses universitaire de Namur, Namur, 2003, p. 41-66;

van Gerven, Walter, *A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past*, în European Review of Private Law, vol. 9/2001, pp. 485-503;

van Gerven, Walter, *Codifying European Private Law*, în Epistemology and Methodology of Comparative Law, M. van Hoecke (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 137-164;

van Hoecke, Mark and Warrington, Mark, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 47/1998, pp. 495-536;

Wainwright, Richard, *Use of the Comparative Law Method in European Law*, în L'utilisation de la méhode comparative en droit européen, Presses universitaire de Namur, Namur, 2003, pp. 99-108;

Ward, Ian, *The Limits of Comparativism: Lessons from UK-EC Integration,* în Maastricht Journal of European and Comparative Law, no. 2/1995, pp. 23-33;

Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to comparative law*, The University of Georgia Press, Athens and London, 1993;

Weatherill, Stephen, *Can There Be Common Interpretation of European Private Law?,* în Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 39/2002-2003, pp. 139-166;

Werro, Franz, *Notes on the Purpose and Aims of Comparative Law*, în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 1225-1233;

Whitman, J.Q., *The neo-Romantic turn,* în P. Legrand and R. Munday (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge University Press, 2003, pp. 312-344;

Wilhelmsson, Thomas, *Private Law in the EU: Harmonized of Fragmented Europeanization?*, în European Review of Private Law, vol. 10/2002, pp. 77-94;

Zimmermann, Reinhard, *Civil Code or Civil Law – Towards a New European Private Law*, în Syracuse Journal of International Law and Commerce, vol. 20/1994, pp. 217-226;

Zimmermann, Reinhard, *Comparative Law and Europeanization of Private Law,* în M. Reimann and M. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 539-578;

Zoller, Elisabeth, *Comparative Law: Problems and Prospects,* în American University International Law Review, vol. 26/2011, pp. 935-968.

B.C.U. "M. EMINESCU" IASI

Capitolul VII. Metodologia comparării juridice

Problema metodei în dreptul comparat s-a născut odată cu primele contururi ale dezbaterii asupra naturii acestui demers intelectual. Pentru adepții dreptului comparat ca știință autonomă, prezența unei metode proprii era esențială pentru legitimarea statutului asumat; pentru adepții dreptului comparat ca metodă, chestiunea metodei era inutil de disputat în condițiile în care se aflau deja în prezența **metodei**. Metoda dreptului comparat era însăşi metoda comparativă aplicată dimensiunii juridicului. Chiar şi pentru adepți ai dreptului comparat ca ştiință autonomă precum Constantinesco, metoda prin excelență a comparării juridice era metoda comparativă. În genere, în dreptul comparat clasic, în special în cel dominat de metoda funcționalistă, problema metodei s-a axat pe valențele metodei comparative ca demers ştiințific rezervat microcomparației. Macrocomparația, având, cu precădere, finalități taxonomice (Zweigert & Kötz, 1998: 64), era lăsată în afara dezbaterii teoretice cu privire la metoda comparativă. Cum aceasta din urmă se bucură, însă, de universalitate, a apărut o adevărată provocare de a releva nu doar specificitatea, dar şi unicitatea ei în cadrul dreptului comparat. Nu întâmplător, pentru Constantinesco metoda comparativă este unică, având doar obiecte şi finalități diferite, în funcție de cum ne raportăm la nivelul macrocomparației sau microcomparației (Constantinesco, 1997: 230-231).

Problema metodologiei dreptului comparat reprezintă unul dintre cele mai fierbinți şi controversate locuri de dezbatere în cadrul dreptului comparat. De clarificarea acestui aspect depind atât calea de urmat spre descoperirea, înțelegerea şi cunoaşterea alterității în drept, cât şi validitatea cunoştințelor dobândite ca urmare a acestui proces. Aşezate într-o perspectivă diacronică, problemele metodologiei dreptului comparat s-au succedat într-un interval destul de restrâns de timp, pe fondul unui cvasigeneral dezinteres pentru problemele teoretico-metodologice ale disciplinei. Ele ar putea fi sintetizate în felul următor:

a. Pentru dreptul comparat clasic, a compara în drept însemna a aşeza față în față, descrie şi juxtapune doi sau mai mulți termeni juridici, în special norme, instituții, acte normative şi sisteme de drept, în scopul de a scoate în evidență asemănări şi deosebiri;

b. Sub aspect metodologic, pentru a răspunde problemei delicate a comparabilității, s-a renunțat treptat la compararea bazată pe echivalența instituțională, specifică perspectivei pozitiviste, şi s-a trecut la compararea

în baza unei echivalențe funcționale a soluțiilor juridice, sintetizată, în principal, sub denumirea de metoda funcționalistă;

c. Critica postmodernă a dreptului comparat, ridicând semne de întrebare cu privire la capacitatea metodei funcționaliste de a facilita o reală cunoaştere şi înțelegere a sistemelor de drept străine, a propus o nouă perspectivă metodologică, bazată pe o reală abordare contextuală;

d. Abordarea contextuală în dreptul comparat susține că este dificil a înțelege un sistem de drept străin doar prin analiza textuală, pozitivistă, a dreptului; ca urmare, comparatistul trebuie să aibă în vedere atât dreptul ca expresie culturală a unei anumite societăți (context cultural-juridic), cât şi contextul economic, politic, moral şi cultural în care respectivul drept se naşte şi se aplică (context metajuridic);

e. Având în vedere complexitatea contextului, o abordare interdisciplinară şi plurimetodologică este necesară; dreptul comparat postmodern nu crede în existența unei metode comparative unice;

f. „Imersiunea" în context ridică, însă, semne de întrebare cu privire la capacitatea comparatistului de a înțelege pe deplin o cultură juridică străină; în acelaşi timp, se ridică semne de întrebare cu privire la capacitatea comparatistului de a depăşi bariera lingvistică ce-l separă de alte culturi juridice;

g. Dreptul comparat postmodern manifestă rezerve în materia epistemologiei comparării juridice care pleacă de la o auto-critică menită să fie constructivă, trece printr-un scepticism strategic şi sfârşeşte în a proclama atât incomensurabilitatea culturilor juridice, cât şi incapacitatea comparatistului de a utiliza traducerea juridică în scopul dobândirii cunoaşterii sistemelor şi a culturilor juridice străine;

h. Având în vedere relativismul gnoseologic şi lingvistic, cea mai fericită abordare metodologică ar fi, în perspectiva acestora, postularea perpetuă a alterității în drept prin evidențierea continuă a diferențelor între sistemele şi culturile juridice.

Prin modul în care a evoluat, teoria postmodernă asupra metodei dreptului comparat pare a fi ajuns într-un punct mort. Pe când dreptul comparat clasic propovăduia un optimism gnoseologic riscant, dreptul comparat critic, postmodern, în variantele sale extreme, se blochează într-un relativism gnoseologic la fel de riscant. Şansele construcției unei metodologii viabile a dreptului comparat rezidă în concilierea celor două perspective, fără a o elimina pe niciuna din ecuație.

Secțiunea 1. Metoda comparativă

§1. Metoda comparativă şi dreptul

Hermeneutica dreptului comparat clasic a plecat de la un fapt larg acceptat: orice demers cognitiv, desfăşurat la orice nivel, presupune în genere un demers comparativ mai mult sau mai puțin explicit, mai mult sau mai puțin conştient. Compararea este de natura cunoaşterii, în genere. Cu atât mai mult, la nivel ştiințific, metoda comparativă trebuie să fie şi este unul din instrumentele de bază ale cunoaşterii. Fără niciun fel de discriminare, este constatat faptul că metoda comparativă se poate aplica oricărui domeniu, obiectului de studiu al unui larg evantai de ştiințe sociale, umane, naturale sau exacte, în scopul dobândirii de noi cunoştințe (Jansen, 2008: 318-319). De aceea compararea nu are un conținut propriu (în sensul că ea se poate aplica numai unui anumit obiect al cunoaşterii), ci este asemenea unei haine pe care o anume ştiință, din cele enumerate mai sus, o îmbracă pentru a dobândi un nou aspect, pentru a oferi noi cunoştințe în cadrul respectivului domeniu. De aceea, o serie de comparatişti au atras atenția asupra pericolului confundării demersului comparativ cu rezultatele comparației. Aceste rezultate nu aparțin comparației, aşa cum nici obiectul comparației nu aparține comparației în sine, ci ele aparțin ştiinței, domeniului cunoaşterii care se foloseşte de comparație şi care se îmbogățeşte prin intermediul acesteia. Aceste aspecte trebuie acceptate şi pentru dreptul comparat înțeles ca aplicare a metodei comparative la domeniul juridicului. Ştiințele juridice autonome oferă acesteia un obiect de studiu, iar ea obține pentru acestea noi elemente, noi cunoştințe. Rezultatele acestor aplicații aparțin domeniului disciplinelor respective şi nu unui drept comparat autonom, remarca şi Constantinesco (Constantinesco, 1997: 194).

Dezbaterea despre necesitatea unei metode clare, specifice în cadrul comparării juridice s-a născut la sfârşitul secolului al XIX-lea şi începutul secolului al XX-lea, ca un răspuns dat abordării pur empirice, pur descriptive şi centrate exclusiv pe legislație practicate de cei interesați de sistemele de drept străine (Jaluzot, 2005: 31-32). Pentru înțelegerea corectă şi complexă a dreptului străin, era nevoie de definirea clară a obiectului comparării juridice, a unghiului de abordare, a etapelor care trebuiau urmate. Discuția s-a mutat inevitabil pe terenul obiectivității ştiințifice, existând nevoia de legitimare a abordării comparativ-metodologice prin depăşirea relativismului ştiințific. Numeroşi comparatişti au subliniat că dreptul comparat ca metodă are specificitatea sa, adică are reguli aparte ce se abat de la şi completează demersul comparativ în general. El reprezintă, într-adevăr, aplicarea metodei comparative în domeniul juridicului, însă, aici, comparația are alte reguli

decât, de exemplu, în domeniul anatomiei sau lingvisticii, specificitate care este dată, normal, de particularitatea domeniului căruia i se aplică. De asemenea, în ciuda faptului că nu există temeiuri pentru fundamentarea sa ca ştiinţă juridică autonomă, compararea trebuie să aibă aici un **caracter ştiinţific**, *i.e.* imparţialitate şi spirit critic. Alţi comparatişti, încercând să exprime, de fapt, acelaşi lucru, au arătat că prin drept comparat se înţelege, într-adevăr, o metodă, dar nu orice fel de metodă, ci una sistematică. „Dreptul comparat semnifică aplicarea *sistematică* a tehnicii comparative la domeniul dreptului", susţinea Kamba (Kamba, 1974: 486). Metoda comparativă constituie un demers ordonat şi sistematic având ca scop câştigarea de noi cunoştinţe, susţine şi Constantinesco (Constantinesco. 1997: 226). Este deci normal ca o comparare ştiinţifică să fie una sistematică, riguroasă, făcută după nişte reguli prestabilite şi, în principiu, general acceptate.

Prin sistematicitate comparatiştii au înţeles lucruri diferite. Pentru unii, compararea sistematică înseamnă comparare explicită. „Compararea sistematică are în vedere compararea explicită (...)" preciza Kamba. Ea se opune comparării implicite care există în cazul studiului unui drept străin (Kamba) sau care apare, în opinia lui D. Kokkini-Iatridou, în cadrul abordării unei instituţii naţionale, prin menţionarea în trecere a unor instituţii paralele aparţinând altor sisteme de drept (van der Helm & Meyer, 1991: 41). Pentru aceeaşi autori, compararea sistematică se opune abordării descriptive, prin simplă juxtapunere de norme juridice sau instituţii aparţinând unor sisteme de drept diferite (Kamba, 1974: 512). Ambele aspecte prezentate ne conduc la două reguli universale ale comparaţiei sau metodei comparative în general, indiferent de ştiinţa sau domeniul care se foloseşte de ea: 1. pe prima am menţionat-o deja mai sus: orice comparaţie presupune doi termeni. Nu există niciodată comparaţie în momentul în care o entitate aparte se raportează la sine însăşi; 2. a doua decurge ca o necesitate logică din prima: compararea are în vedere scoaterea în evidenţă a raporturilor complexe dintre termenii comparaţiei, adică a deosebirilor şi asemănărilor, în funcţie de un *tertium comparationis*. Termenii ar constitui astfel variabilele comparaţiei, iar *tertium comparationis* constanta comparaţiei.

Tot din cele arătate mai sus rezultă încă un element: compararea este o metodă, iar ca metodă ea reprezintă un proces ordonat, de aceea, raţional, care are în vedere termeni şi obiective specifice. În aceasta, până la urmă, constă sistematicitatea comparaţiei: în urmarea ordonată a procedeelor raţionale ce tind spre scopul comparării. În consecinţă, spune Constantinesco, metoda comparativă se poate defini ca fiind "ansamblul demersurilor şi al procedeelor, care se înlănţuie potrivit unei succesiuni raţionale, menite să facă spiritul juridic să constate şi să înţeleagă, printr-un proces ordonat, metodic şi progresiv, de confruntare şi de comparare, asemănările, diferenţele şi

cauzele acestora, adică (...) să desprindă raporturile existente între structurile şi funcţiile termenilor de comparat" (Constantinesco: 1998: 12). G. Langrod (1957: 362) dă şi el o definiţie asemănătoare metodei comparative care ni se pare mai completă, deoarece ia în considerare elementul comparabilităţii: o operaţie intelectuală prin care se reunesc două (sau mai multe) obiecte sau idei comparabile în acelaşi act, în scopul de a degaja deosebirile şi asemănările dintre ele, precum şi raţiunile de a fi ale acestora. Putem defini, în consecinţă, **metoda comparativă** ca fiind **acel demers ordonat şi sistematic prin care se scot în evidenţă asemănările, deosebirile şi cauzele acestora dintre doi sau mai mulţi termeni comparabili.**

§2. Metoda ori metodele dreptului comparat?

Aceste aspecte se aplică cu necesitate şi în cazul comparării juridice. Anumite întrebări se ridică însă aici: Există o singură metodă comparativă sau mai multe, în funcţie de scopurile avute în vedere de comparatist? Cum se stabilesc termenii comparaţiei juridice? Unde se găseşte acel *tertium comparationis*? Ce este mai important să evidenţiem, asemănările sau deosebirile? Cum se realizează concret delimitarea asemănărilor şi deosebirilor? Care sunt instrumentele pe care le utilizează comparatistul în aplicarea metodei comparative? Care sunt condiţiile de reuşită a comparaţiei în drept? Care sunt pericolele comparaţiei în drept? Răspunsul la toate aceste întrebări trebuie să ne conducă la descoperirea specificităţii metodologice a comparaţiei în drept. Dintre toate aceste probleme, s-a remarcat, cu maximă vizibilitate doctrinară, problema singularităţii sau multiplicităţii metodei comparative în drept. Răspunsul la ceastă problemă era esenţial pentru întreg parcursul metodologic în dreptul comparat.

O trecere în revistă a lucrărilor de drept comparat cu caracter general teoretic conduce la concluzia că, la fel ca şi în problema naturii juridice a acestei discipline, problema metodei propriu-zise este departe de a întruni consensul comparatiştilor dreptului. Asta în cazul în care comparatiştii s-au pronunţat asupra demersului lor metodologic. Cel mai adesea, introducerile în drept comparat se mulţumesc să trateze problema clasificării sistemelor de drept, ignorând chestiunea metodei. Or, e extrem de important, aşa cum am mai remarcat, ca fiecare comparatist să dea seama teoretic de demersul metodologic pe care îl utilizează, cu atât mai mult cu cât nu există o unitate de vederi în acest sens. Acest lucru ar permite şi unui observator neutru al operei sale să conştientizeze în ce măsură modul în care este folosită metoda corespunde cel mai bine termenilor comparaţiei şi în ce măsură prin ea s-au obţinut rezultatele scontate de comparatist. Altfel, în lipsa unui conţinut metodologic definit, este greu de spus pe ce bază se face atribuirea

calității de drept comparat (van der Helm & Meyer: 1991: 41) unei anumite lucrări. Este evident că opiniile celor care, totuşi, s-au exprimat sunt, în mare parte, divergente.

Problematica metodei se complică însă şi mai tare în măsura în care s-a mers până acolo încât să se conteste existența unei singure metode comparative a dreptului: există o metodă unică a comparării juridice sau mai multe metode?, s-au întrebat comparatiştii. Aceste metode variază după obiectul şi scopul comparației sau putem aborda obiecte diferite în scopuri diferite prin aceeaşi metodă comparativă? În ceea ce priveşte această problemă, s-a considerat normal să se accepte existența unor diferențe în cazul aplicării metodei comparative în cadrul unor ştiințe diferite. S-a acceptat chiar şi existența unor diferențe de aplicare a metodei comparative de către diversele ştiințe juridice (Constantinesco, 1998: 39). Folosirea metodei comparative de către istoria dreptului sau etnologia juridică presupune particularități specifice. Oricum, aşa cum remarcam, diferențele nu sunt de substanță, orice abordare comparativă trebuind să întrunească cele două reguli enumerate mai sus.

Mulți comparatişti au ajuns însă la concluzia că metoda dreptului comparat, aşa cum am definit-o mai sus, comportă mai multe forme. Dacă l-am crede pe G. Gorla, am ajunge la concluzia că fiecare categorie de probleme comparative reclamă o metodă corespunzătoare, iar folosirea acestei metode depinde, în acelaşi timp, de sursele de informare posibile (Ancel, 1971: 95). M. Ancel afirmă şi el cu tărie că „trebuie să vorbim nu doar, cum o facem prea adesea, despre *metodă*, ci despre *metodele* dreptului comparat sau ale cercetării comparative" (Ancel, 1971: 88). În consecință, sarcina comparatistului ar fi mai puțin aceea de a descoperi cea mai bună metodă, cât de a fixa locul fiecăreia dintre ele. Acest lucru îl şi face autorul în momentul în care, percepând posibilitatea comparării la mai multe nivele, concepe existența unei metode specifice fiecărui nivel: la nivelul regulii de drept, metoda este, înainte de toate, informativă sau descriptivă, la nivelul sistemului, ea este structurală, iar, la nivelul instituției, ea ar fi tehnică şi funcțională (Ancel, 1971: 100).

La fel de mulți autori au recunoscut, însă, existența unei singure metode de drept comparat, formate din mai multe stadii care trebuie parcurse în întregime pentru a se realiza o adevărată comparare. Aceste stadii includ, cel mai adesea, „metodele" lui Ancel, problema nivelelor comparației, expusă mai sus, fiind doar o simplă chestiune de alegere a obiectului comparației care nu determină în mod necesar folosirea unei metode aparte. De altfel, Ancel însuşi pare a fi depăşit această pluralitate de metode, vorbind, în final, despre o singură metodă funcționalistă în cadrul dreptului comparat (Ancel, 1971, 101-103). A rămas hotărâtoare, în acest sens, intervenția lui

Gutteridge, care a afirmat, fără dubiu, că dreptul comparat posedă o unitate certă. El nu constă, astfel, într-un ansamblu heteroclit de tipuri variate de cercetare juridică având fiecare o existență în sine, independentă.

„(...) Caracteristica fundamentală a dreptului comparat considerat ca metodă este că această metodă este aplicabilă tuturor formelor de cercetare juridică. Metoda dreptului comparat este în mod egal în serviciul istoricului dreptului, filosofului dreptului, judecătorului, practicianului şi profesorului de drept; şi întotdeauna, în toate aceste cazuri, ea este aceeaşi. Ea este aceeaşi indiferent că vizează dreptul public sau privat (...)" (Gutteridge, 1953: 28; Langrod, 1957: 363; Constantinesco, 1998: 47).

În concluzie, putem spune că, într-o perspectivă relativ majoritară în dreptul comparat clasic, metoda comparativă în drept este, în esență, una singură, aceeaşi, indiferent de ramurile de drept în care se aplică, aceeaşi, indiferent de scopurile avute în vedere, şi este formată din mai multe faze ordonate, care trebuie urmărite sistematic (Constantinesco, 1998: 48-49). Constantinesco foloseşte formula „în esență" deoarece diversitatea ordinilor juridice, varietatea disciplinelor juridice, specificitatea unora din problemele lor şi, mai cu seamă, pluralitatea scopurilor pe care metoda comparativă le poate sluji sunt capabile să influențeze, însă numai într-o măsură redusă, procesul de comparare (*idem*: 49) şi doar sub aspecte de ordin practic.

Dincolo de clarificările şi sinteza lui Constantinesco, problema unicității sau pluralismului metodologic în dreptul comparat a rămas destul de confuză. Constantinesco acreditează ideea că putem vorbi despre o metodă comparativă unică, formată din etape distincte, aplicabilă indiferent de scopul comparării. Dificultatea demersului său provine însă din ambiția de a demonstra că metoda comparativă are o aplicabilitate universală, că are o anumită structură şi că este întotdeauna egală cu sine, indiferent de scopul urmărit. Ca urmare, tot ceea ce apare a fi o abordare metodologică distinctă nu reprezintă altceva decât aspecte, faze, etape, acțiuni în cadrul unicei metode comparative. Viziunea lui Constantinesco ridică însă probleme, în condițiile în care teoria şi practica dreptului comparat clasic au scos în evidență o multitudine de metode. Să amintim doar de metoda funcționalistă, pe care Constantinesco n-o agreează. Ca primă etapă, aceasta nu pleacă de la instituții sau probleme juridice, ci de la o problemă socială, prezumată a fi unică. De aici, o înlănțuire specifică de etape metodologice. Constantinesco pleacă de la instituții/probleme juridice şi, chiar dacă nu ocoleşte echivalența funcțională, aceasta este doar una din perspectivele de analiză pe care le foloseşte. De asemenea, trebuie făcută o diferență între unitatea metodei comparative şi faptul că, alături de ea, se pot folosi şi alte metode ştiințifice pentru atingerea scopurilor

comparației juridice, *e.g.* metoda istorică, metoda literară etc. (Blagojevic, 1953: 38-39). Chiar și prima dezbatere metodologică serioasă ce a avut loc la Paris, în 1900, sublinia, prin vocile lui F. Bernhoft și E. Lambert, necesitatea aplicării unei multitudini de metode, *i.e.* etnologică, istorică și dogmatică, ori chiar totalitatea metodelor utilizate de științele sociale sau de știința juridică (Clark, 2000-2001: 880). Ideea era încă vie în preajma celui de-Al Doilea Război Mondial (Oteteleşanu, 1938: 16). În contextul criticii postmoderne, ideea pluralității metodologice a revenit în forță în dezbaterea metodologică a dreptului comparat.

În ciuda eforturilor considerabile de sistematizare și clarificare metodologică, secolul al XXI-lea a schimbat radical nu doar obiectul și finalitățile demersului comparativ-juridic, ci și metodologia acestuia. Problema dreptului comparat clasic a fost detectată în faptul că a confundat metoda comparării în drept cu compararea propriu-zisă (Örücü, 2006: 445). Fără a elimina compararea ca metodă din panoplia metodologică a dreptului comparat, noile tendințe în cercetarea comparativă a dreptului scot în evidență complexitatea demersului științific atunci când se așează față în față două sau mai multe sisteme de drept/culturi juridice. Pluralitatea scopurilor comparării juridice a determinat o pluralitate a obiectelor comparării juridice, iar aceasta, la rândul ei, a condus la o pluralitate de unghiuri de lectură și, implicit, la o pluralitate metodologică (Ponthoreau, 2005: 23). Legătura intimă dintre metodă și o anumită finalitate a dreptului comparat era relevată, la 1900, prin faptul că Saleilles subsuma metoda în trei etape pe care o promova – observare, comparare, adaptare – creării unui drept comun al umanității (Clark, 2000-2001: 875-876). Această perspectivă îl determină, pe bună dreptate, pe debutantul în cercetarea comparativ-juridică să se întrebe care ar fi drumul cel mai bun de urmat.

Secțiunea a 2-a. Preliminariile comparării juridice

§1. Fixarea scopului comparării

Compararea juridică nu are o finalitate în sine. Ca simplă metodă, ea se pune în slujba atingerii unor anumite scopuri, teoretice, pedagogice sau practice. De asemenea, în calitate de știință/disciplină autonomă, dreptul comparat trebuie să răspundă la multiple întrebări. De aceea, un pas important în munca comparatistului este fixarea scopului comparării. După cum am văzut, paleta funcțiilor îndeplinite de dreptul comparat este foarte largă.

§2. Alegerea obiectului comparării

În funcție de scopul urmărit de către fiecare comparatist, se va alege obiectul dreptului comparat care, după cum am văzut în partea dedicată acestui subiect, poate consta în două sau mai multe sisteme de drept în ansamblul lor ori două sau mai multe probleme, reguli, instituții sau ramuri de drept aparținând la două sau mai multe sisteme de drept. De asemenea, este important ca juristul comparatist să aibă în vedere acele sisteme de drept străine ale căror limbi le stăpânește foarte bine și în legătură cu care se poate informa din documente primare sau prin petrecerea unui interval semnificativ de timp printre actorii respectivelor sisteme de drept. Problema pare, la prima vedere, foarte simplă: în calitate de comparatist, nu trebuie decât să-mi fixez un scop, să-mi aleg două sau mai multe sisteme de drept convenabile ori două sau mai multe instituții juridice și apoi să purced la a compara. Lucrurile sunt însă mult mai complicate. Astfel, deși pentru a vorbi despre drept comparat nu e nevoie decât de doi termeni și niște reguli de urmat, nu orice se poate compara. În consecință, arată mai toți comparatiștii, trebuie să se compare în drept doar ceea ce este comparabil. Aici se ridică problema criteriilor comparabilității care trebuie să răspundă la întrebarea: ce anume se poate și ce nu se poate compara în drept?

§3. Comparabilitatea

Un criteriu esențial al comparabilității în drept este acela că se pot compara doar termeni care au anumite elemente comune, anumite asemănări care permit compararea. Cu alte cuvinte, se pot compara doar termenii între care există o echivalență, un anume paralelism. *Per a contrario*, nu se pot compara termeni care nu au nimic în comun, termeni între care există doar diferențe, termeni între care nu există nicio echivalență. Nu se pot compara portocale cu mere, susțin comparatiștii epocii clasice. Este evident că aici comparația este lipsită de orice rost.

3.1. *Tertium comparationis*

Ceea ce trebuie determinat însă cu atenție sunt acele elemente comune care permit compararea. Unii autori au susținut că elementul comun ce stă la baza comparării ar fi așa-numitul *tertium comparationis*, care, în viziunea lui Knapp, ar reprezenta o noțiune comună, superioară, mai generală decât *comparandum* și *comparatum* și care le înglobează pe amândouă (Knapp, 1973: 429). Viziunea acestui autor este însă confuză, în măsura în care pentru el *tertium comparationis* constituie atât punctul constant, comun, de

la care se pleacă în comparare, precum şi rezultatul comparării. Până la urmă, problema lui *tertium comparationis* nu este altceva decât problema comparabilităţii, *i.e.* căutarea unuia sau mai multor elemente comune care să permită compararea a doi sau a mai mulţi termeni juridici (Langrod, 1957: 365; Bogdan, 1994: 58; Capelletti, 1994: 178; Örücü, 2004: 23). Având în vedere că elementele comune reprezintă un dat obiectiv, comparatistul se rezumă doar la a le descoperi şi constata. Nimeni nu poate crea un minimum de asemănare între două obiecte complet diferite: ce rost are să comparăm un urs cu un trandafir? Uneori, aşa cum arată Constantinesco, aceste elemente comune care leagă termenii de comparat sunt evidente. Aceasta se întâmplă când două ordini juridice cunosc o instituţie juridică cu aceeaşi structură şi funcţie. Alteori, elementele comune sunt greu de delimitat, iar pericolul unor confuzii este foarte mare. Însă unde anume trebuie căutate ele? Pe plan lingvistic, instituţional-structural sau funcţional? Ori pe planul rezultatelor produse de funcţionarea termenilor de comparat? Ori pe toate la un loc? Pentru a descoperi acele elemente comune, comparatiştii s-au orientat spre mai multe direcţii: echivalenţa lingvistică, echivalenţa instituţională, echivalenţa funcţională şi echivalenţa structurală.

3.2. Echivalenţa lingvistică

Unii comparatişti au considerat că *tertium comparationis* poate fi găsit în compararea termenilor care au aceeaşi denumire în limbile sistemelor juridice comparate. În principiu, pot fi alese pentru a fi comparate instituţii juridice care au aceeaşi denumire în toate sistemele de drept puse în discuţie. Pericolul care există însă aici este acela ca identitatea lingvistică să nu fie dublată de o identitate juridică. Acest pericol nu există sau este mai redus, de exemplu, în cadrul familiilor lingvistice unde, aşa cum se întâmplă în cazul multor instituţii juridice, identitatea lingvistică este dublată de o identitate juridică. Cu totul alta este problema în cazul în care termenii aparţin unor familii lingvistice diferite. De exemplu, dacă dorim să comparăm *echitatea* din sistemul de drept românesc cu *équité* din dreptul francez, acest fapt este posibil, având în vedere că echivalenţa lingvistică este dublată de o echivalenţă juridică. Ambele concepte reprezintă principii moral-juridice relativ echivalente atât substanţial, cât şi funcţional. Pe de altă parte nu se pot compara echitatea/équité cu ceea ce englezii numesc *equity* deoarece, în acest caz, echivalenţa lingvistică nu este deloc dublată de o echivalenţă juridică. Conceptele respective denumesc aici instituţii juridice cu o structură şi funcţionalitate complet diferite. De aici, rezultă următoarea regulă: nu trebuie să se plece niciodată în comparaţia juridică de la echivalenţele pe plan lingvistic pentru a se deduce de aici echivalenţe pe plan juridic (Constantinesco, 1998: 63). Iar acest lucru se datorează fap-

tului că nu întotdeauna echivalența lingvistică este dublată de o echivalență juridică. Comparatistul nu trebuie, în consecință, să se lase înșelat de identitatea fonetică dintre anumiți termeni. Această regulă ne permite să comparăm instituții ca *Aufrechnung* din dreptul german cu *compensation* din dreptul francez, *ordre public* din dreptul francez cu *public policy* din dreptul englez. După cum se observă, identitatea fonetică lipsește aici, dar există în schimb o identitate juridică. General vorbind, se recomandă evitarea comparării juridice pe baze conceptuale, indiferent că e vorba sau nu de concepte asemănătoare. Așa cum precizează Markesinis, concepte diferite pot susține soluții și filosofii juridice asemănătoare, în timp ce concepte asemănătoare pot ascunde diferențe care provin din alte diferențe de natură structurală (Markesinis, 2001: 812).

3.3. Echivalența instituțională

Clarificându-se această problemă, comparatiștii au părăsit domeniul lingvisticii în favoarea juridicului, propunând un alt element comun: compararea termenilor juridici în baza unei echivalențe instituționale (formale). Mult timp a apărut ca evident faptul că se pot compara instituții juridice echivalente, adică cele care au aceeași structură sau structuri asemănătoare, în două sau mai multe sisteme de drept. Se pot compara, astfel, instituțiile contractului de vânzare-cumpărare, familiei, îmbogățirii fără justă cauză etc., ce se regăsesc în două sau mai multe sisteme de drept. Este însă un fapt constatat acela că, cu cât ne situăm prin comparație în cadrul unor sisteme de drept mai înrudite, aparținând aceleiași familii juridice, cu atât echivalența instituțională este mai mare și cu cât abordăm sisteme de drept mai îndepărtate, cu atât echivalența instituțională este mai mică. Astfel, în cadrul familiei romano-germanice echivalența instituțională este mult mai mare datorită fondului juridic roman comun, la fel în *common law*, ce are la bază dreptul englez. În momentul în care încercăm să comparăm sisteme de drept aparținând unor familii juridice diferite, sistemul german cu cel american, de exemplu, șansele descoperirii unor echivalențe instituționale scad. Cu atât mai mult se diminuează aceste șanse în momentul în care comparăm, de exemplu, dreptul german cu cel islamic. Uneori, sistemele de drept avute în vedere sunt așa de îndepărtate, tipologic vorbind, încât în anumite ramuri ale dreptului comparatiștii nu au găsit deloc echivalențe instituționale. În acest caz, unii comparatiști s-au grăbit să tragă concluzia că, având în vedere că nu există instituția respectivă, nu există cu necesitate nici problema socială pe care respectiva instituție o soluționează în țara de origine a comparatistului. S-a făcut aici o greșeală elementară, aceea de a se încerca a se înțelege un sistem de drept străin prin prisma criteriilor și instituțiilor proprii sistemului de drept al comparatistului. Or, nu este

obligatoriu ca o anumită problemă socială dintr-un sistem de drept străin să fie rezolvată la nivelul juridicului printr-o instituție formal echivalentă cu cea din sistemul de drept al comparatistului. Un exemplu edificator ar fi acela că dreptul englez nu cunoaşte instituția obligației delictuale, care pentru un jurist continental este elementară. Asta nu înseamnă că în dreptul englez nu există instituții care să exercite funcții similare (*tort*). S-ar putea foarte bine ca problema să existe în genere, având în vedere că toate societățile umane întâmpină cam acelaşi gen de probleme pe care le soluționează la nivelul juridicului, dar ea să fie soluționată prin cutumă sau practică socială (Zweigert & Kötz, 1998: 35,38). În acest din urmă caz, comparatistul trebuie să caute dincolo de dreptul din lege, ceea ce face inutilă percepția sa juridic-instituțională.

S-a pus, în consecință, întrebarea în ce măsură luarea în calcul, în vederea comparării, a unor instituții de drept abstracte, rupte de contextul social, rupte deci de propria lor funcționalitate, este suficientă sau utilă pentru realizarea unei comparări corecte în domeniul juridicului. Era clar că o astfel de abordare, cel puțin în cazul unor sisteme de drept făcând parte din familii juridice diferite, era complet insuficientă (Bogdan, 1994: 60). Lipsa corespondenței între noțiuni şi chiar între categoriile juridice admise ici şi colo reprezintă, remarca şi David, una dintre cele mai mari dificultăți pe care o întâmpină comparatistul dornic să stabilească o comparație între diverse drepturi (David & Jauffret-Spinosi, 2002: 12). De aici rezultă o altă regulă: între termenii de comparat poate să existe o echivalență formală, dar, întotdeauna, trebuie să existe şi un alt element comun pentru ca o comparație să fie eficientă. Elementul comun care întemeiază comparabilitatea este superficial şi îngust atunci când el se reduce la aspectul instituțional şi formal, spune şi Constantinesco (1998: 70). Necesitatea unui alt element comun s-a făcut atunci evidentă.

3.4. Echivalenţa funcţională

Răspunsul a constat în compararea termenilor juridici în baza unei echivalențe funcționale. Marea majoritate a comparatiştilor au subliniat pericolele comparării în drept având ca bază echivalența lingvistică sau doar echivalența instituțională (Zweigert & Kötz, 1998: 35; Rheinstein, 1968: 208; Ancel, 1971: 92). După cum am arătat, nu este suficient ca doi termeni să aibă aceeaşi denumire sau să existe aparent aceeaşi instituție în sistemele de drept abordate pentru ca ei să poată fi comparați cu succes. Mulți comparatişti au pierdut din vedere faptul că dreptul nu este o construcție abstractă, de laborator, ci el reflectă, în genere, societatea căreia i se aplică. Dreptul este o construcție istorică, elaborată şi condiționată strâns de evoluțiile sociale, politice, economice sau religioase dintr-o anume țară. Ştiința

dreptului s-a dezvoltat în mod independent în sânul diverselor familii de drept, iar categoriile şi noţiunile care păreau elementare unui jurist francez sunt, adesea, străine unui jurist african sau juristului musulman (David & Jauffret-Spinosi, 2002: 12). Iar aceasta se întâmplă de multe ori deoarece două instituţii care sunt formal echivalente, aparţinând la două sisteme de drept diferite, îndeplinesc concret funcţii diferite în societatea în care se manifestă.

Această viziune a schimbat complet percepţia comparatiştilor asupra comparabilităţii şi asupra metodei comparative, în genere. Pentru a evita pericolele mai sus amintite, o serie de comparatişti au propus un nou punct de plecare în demersul comparativ juridic. Astfel, în loc să se plece de la instituţiile juridice, formale şi abstracte, comparatiştii au propus plecarea de la o anumită problemă (socială) comună, existentă în toate societăţile al căror drept se doreşte a fi comparat. „Întotdeauna în dreptul comparat trebuie să ne concentrăm asupra unei probleme concrete", spuneau comparatiştii germani Zweigert şi Kötz (Zweigert & Kötz, 1998: 35), şi aceasta deoarece fiecare societate se loveşte, în esenţă, de aceleaşi probleme (David & Jauffret-Spinosi, 2002: 12; Capelletti, 1994: 178; Rheinstein, 1968: 208; Ancel, 1971: 101). Această problemă comună urmează a determina acel element comun care condiţionează comparabilitatea. Bineînţeles că, situându-ne în domeniul juridicului, compararea se va face între termeni juridici. Astfel, sarcina comparatistului este aceea de a determina în sistemele de drept ce se doresc a fi comparate acele instituţii sau reguli juridice care soluţionează problema în cauză. Având în vedere că fiecare instituţie are o anume funcţionalitate, aceea de a soluţiona o anumită problemă, compararea trebuie să plece de la această funcţiune a instituţiilor. Această funcţiune a instituţiilor urmează a fi, în consecinţă, elementul comun al comparării. De aceea, au considerat comparatiştii, comparabilitatea termenilor juridici rezidă în echivalenţa funcţională a acestora în cadrul sistemelor de drept respective. Pot fi comparate, în consecinţă, doar acele lucruri care îndeplinesc aceeaşi funcţie (Zweigert & Kötz, 1998: 34; Bogdan, 1994: 60).

Identitatea funcţională nu este însă uşor de descoperit. Soluţiile la aceeaşi problemă se ascund adesea nu numai sub forma unor instituţii juridice, ci şi sub forma unor reguli, a unei grupe de instituţii sau chiar a unei cutume. De aceea, descoperirea acestora în cadrul sistemul de drept străin se realizează printr-o abordare a economiei generale a sistemului respectiv. Aceasta presupune o cunoaştere şi o înţelegere a sistemului respectiv dincolo de reguli şi de instituţii, o cunoaştere a acestuia în omogenitatea sa, în spiritul său, în ceea ce se numeşte mentalitatea sa (Ancel, 1971: 97-98; Ancel, 1982: 4), în întregul său context istoric, social, economic, psihologic şi politic (Zweigert, 1966: 14-15). Societatea care l-a creat se află într-o

continuă transformare, de aceea dreptul său se află şi el într-o continuă mişcare şi trebuie înţeles într-o perspectivă dinamică.

3.5. Echivalenţa structurală

Pe lângă acesta, alte elemente comune au fost propuse de diverşi comparatişti. S-a susţinut, pe de o parte, compararea ordinilor juridice care au aceleaşi diviziuni ale dreptului, aceleaşi ramuri şi aceleaşi categorii. S-a mai propus de către comparatişti compararea acelor ordini juridice care au aceleaşi diviziuni ale dreptului, de exemplu, drept public şi drept privat, aceleaşi ramuri de drept sau aceleaşi mari categorii juridice, cum sunt contractul, obligaţiile, bunurile, familia. Este însă o iluzie a afirma că ordinile juridice au aceleaşi diviziuni, clasificări sau categorii juridice. Dacă luăm în calcul sistemele de drept aparţinând *common law*-ului, vedem că ele nu cunosc diviziunea în drept public şi privat, ci acea diviziune dezvoltată în Anglia între *Statute law* şi *Equity*. În acelaşi timp, categorii precum anglo-americanul *trust* ar tulbura pe orice comparatist european care ar urmări o echivalenţă structurală. De asemenea, dreptul musulman nu cunoaşte niciuna din aceste distincţii şi posedă unele proprii. În consecinţă, aceste elemente comune nu există şi ele nu pot sta la baza comparării juridice. Pe de altă parte, s-a susţinut compararea termenilor juridici în baza unei echivalenţe de principii generale. Echivalenţa principiilor generale comune ale sistemelor de drept poate constitui un element comun în vederea comparării, rămânând de stabilit dacă apelul la echivalenţa principiilor generale universale este la fel de fructuoasă (Constantinesco, 1998: 71).

3.6. Concluzii

Concluzionând, trebuie să arătăm că, pentru teoreticienii dreptului comparat clasic, comparabilitatea rezidă în anumite elemente comune ale termenilor juridici ce se doresc a fi comparaţi. Pot fi comparaţi doar acei termeni între care comparatistul descoperă aceste elemente comune. Ceea ce-i desparte însă pe comparatiştii clasici este locul şi modul în care sunt găsite aceste elemente comune. Mai mult, diferenţe semnificative au apărut în ceea ce priveşte modul în care a fost exploatată echivalenţa funcţională.

Pentru Constantinesco, nu există un element comun care trebuie vânat şi impus cu excluderea celorlalte. Şi aceasta deoarece elementele comune nu sunt create de comparatist, ele sunt anticipate, descoperite şi verificate de acesta. Elementul comun poate fi ori instituţional, ori funcţional sau vizează rezultatele respectivelor instituţii. Toate acestea reprezintă elemente de comparabilitate iar examenul comparativ trebuie să le cuprindă pe toate, arăta Constantinesco. Numai astfel se vor putea preciza adevăratele rapor-

turi care există între termenii de comparat, precum şi întinderea exactă a asemănărilor şi deosebirilor constatate (Constantinesco: 1998: 82; Langrod, 1957: 366). Rămâne doar ca juristul comparatist să releve, de la caz la caz, dacă există elemente comune, iar dacă există, pe ce plan există ele. Aici trebuie făcute, în opinia lui Constantinesco, nişte precizări suplimentare.

În primul rând trebuie constatat că, într-adevăr, uneori echivalenţa funcţională este dublată de echivalenţa instituţională. Se întâmplă ca anumite instituţii echivalente, cu aceeaşi structură, să îndeplinească şi aceeaşi funcţie. În acest caz vorbim despre identitate a instituţiilor, chiar dacă, aşa cum remarca Constantinesco, apar unele diferenţe secundare. În acest sens sunt considerate instituţia lui *Verzug* – germană – şi *demeure* – franceză –, *ritardo* şi *mora* – italiene – şi *drojmal* – scandinavă. În acest caz, compararea se bazează pe ambele tipuri de echivalenţe, iar compararea instituţională este aici binevenită. În al doilea rând, s-a remarcat că, uneori, echivalenţa instituţională nu este dublată de una funcţională. În acest caz compararea este posibilă, deoarece există elemente comune între instituţiile de comparat. Echivalenţa instituţională este simplu de constatat, în urma unui examen sumar al legislaţiei sistemelor de drept avute în vedere. Aici trebuie evitat pericolul de a se face apropieri forţate în scopul determinării unei echivalenţe funcţionale. Tocmai de aceea, susţine Constantinesco, echivalenţa funcţională nu trebuie nici predeterminată, dar nici ignorată. Ea este importantă şi relevantă chiar şi atunci când două sau mai multe instituţii juridice nu au aceeaşi funcţie. Prin urmare, inexistenţa unor echivalenţe funcţionale trebuie evidenţiată. Iar acest lucru se va face prin analiza funcţională obligatorie a termenilor de comparat, ca parte a metodei comparative. „Modul funcţional de a analiza rolul unei instituţii juridice nu se explică prin voinţa de unificare, ci prin victoria realului asupra formalismului instituţional, precum şi asupra fetişismului conceptual de care unii jurişti rămân încă ataşaţi, spunea Constantinesco. Ce este important în viaţa unei instituţii juridice este mai puţin forma şi structura sa, cât rolul real, funcţia veritabilă pe care ea o realizează şi rezultatele pe care le pot atinge" (Constantinesco, 1998: 81).

În impresionanta sa sinteză, Constantinesco propune, prin urmare, utilizarea echivalenţei funcţionale, în cazul în care cea instituţională sau structurală nu sunt relevante, fără a le scoate complet pe acestea din peisajul metodologic. Această viziune ridică însă nişte probleme care nu ţin neapărat de multitudinea elementelor comune cu care Constantinesco jonglează şi nici de teoria intensităţii acestora. Problema centrală rezidă în optimismul gnoseologic şi absolutismul epistemologic pe care autorul le afişează. Pentru Constantinesco, elementele comune sunt un dat şi nu un construit al observatorului comparatist. Compararea, ca demers siste-

matic şi ştiinţific, nu face altceva decât să le descopere în complexitatea lor. O asemenea încredere în infailibilitatea unei metode, chiar comparative, ridică astăzi clare sentimente de suspiciune. Ideea cunoaşterii depline a obiectului comparării contrastează puternic cu relativismul epistemologic şi scepticismul gnoseologic susţinute de valul critic postmodern în dreptul comparat. Alte probleme apar din cauza contradicţiilor şi neclarităţilor legate de *tertium comparationis*/elementele comune ale termenilor de comparat. Pe de o parte, autorul susţine că elementele comune sunt greu de sesizat (1998: 62), pe de altă parte, el susţine că un comparatist al dreptului ar trebui să aibă certitudinea existenţei acestui paralelism înainte de a se apuca de comparat (1998:74). Acest lucru înseamnă că ori efortul de a detecta elementele comune va îngreuna şi amâna demararea comparării, ori, pe de altă parte, faptul că detectarea elementelor comune presupune, în cazuri mai dificile, avansarea considerabilă în demersul comparativ. Concluzia este că, în cazul în care elementele comune nu sunt uşor de sesizat de la bun început, comparatistul nu are cum să deţină certitudinea existenţei lor, înainte de a demara procesul comparativ. Certitudinea există la finalul comparării, fapt care conduce la transformarea elementelor comune în finalitate a procesului comparativ şi nu în premisă acestuia. De fapt, ar trebui să acceptăm, alături de M. Bogdan, faptul că, în momentul în care comparatistul stabileşte *tertium comparationism*, el nu face altceva decât să stabilească o ipoteză de lucru în baza faptului că anumiţi termeni juridici „par" a fi comparabili (Bogdan, 1994: 59). Chiar şi conştientizând acest aspect, comparatistul poate cădea în capcana prezumţiilor şi a proiecţiei unei scheme intelectuale peste ceea ce crede că este adevăr dincolo de propriul subiectivism gnoseologic.

Dincolo de perspectiva lui Constantinesco, marea majoritate a comparatiştilor epocii clasice au propus căutarea doar a echivalenţelor funcţionale, orice alt tip de echivalenţă fiind exclusă (Zweigert, 1972: 467). Apelul final şi decisiv la echivalenţa funcţională a scos, pe de o parte, în evidenţă faptul că juriştii preocupaţi de dreptul comparat au fost perfect conştienţi de capacitatea diverselor societăţi de a utiliza diverse şi diferite categorii juridice pentru a denomina fapte/realităţi şi, pe de altă parte, a oferit comparatiştilor o perspectivă metodologică utilă pentru a descoperi, explora şi înţelege acele situaţii în care juriştii din societăţi diferite se pronunţă asupra aceloraşi fapte (Graziadei, 2003: 105). Prin urmare, de la scoaterea în evidenţă a importanţei echivalenţei funcţionale până la apariţia metodei funcţionaliste nu a fost decât un pas. Pentru claritate, trebuie precizat aici că metoda funcţionalistă nu a confiscat întreaga problematică a echivalenţei funcţionale. Pentru unii analişti, ea a oferit cea mai avansată abordare în dreptul comparat tradiţional (van Hoecke & Warington, 1998: 495). Pentru

alții, ea reprezintă o modalitate de a exploata metodologic problematica echivalenței funcționale. Nu întâmplător, se face o distincție între metoda funcțională, ce pleacă de la premisa că dreptul răspunde aceleiaşi probleme sociale în diverse societăți umane (având în vedere problema socială X, care din instituțiile sistemelor de drept Y şi Z răspund acestei probleme şi în ce măsură aceste soluții sunt identice?), şi funcționalism, ce pleacă de la premisa că dreptul răspunde nevoilor sociale (Graziadei, 2003, 100) (având în vedere instituția X din sistemul de drept Y, care instituție are o funcție echivalentă în sistemul de drept Z?). Aşa se explică utilizarea echivalenței funcționale în afara metodei funcționaliste, precum şi diversele variante pe care aceasta le-a cunoscut de-a lungul timpului.

Secțiunea a 3-a. Metoda funcționalistă

§1. Evoluție şi componente metodologice

Avându-l ca părinte recunoscut pe comparatistul german E. Rabel, metoda funcționalistă a apărut ca o reacție împotriva demersului clasic de simplă descriere şi juxtapunere a normelor, a instituțiilor juridice şi a legilor în dreptul comparat. Deoarece este preocupată de aspectele operaționale ale instituțiilor juridice şi manifestă, totodată, un oarecare apetit pentru context, metoda funcționalistă este, în esența sa, funciar anti-pozitivistă. Nu întâmplător, în dreptul comparat clasic ea urma să reveleze „dreptul în acțiune" spre deosebire de „dreptul din cărți" analizat de exegeza pozitivistă (Ancel, 1982: 5). Bazată pe echivalența funcțională a dreptului în calitate de *tertium comparationis, i.e.* sistemele juridice sunt comparate plecând de la răspunsurile juridice specifice pe care diversele societăți umane le dau unor situații comune, metoda funcționalistă a devenit cel mai frecventat procedeu metodologic al comparării juridice. Deşi mai sunt astăzi membri ai curentului clasic al dreptului comparat care consideră că a compara în drept, în adevăratul sens al cuvântului, înseamnă a compara tehnici juridice, expediind metoda funcționalistă în dimensiunea sociologiei sau etnologiei juridice (Fromont, 1998: 1), metoda funcționalistă domină de departe metodologia dreptului comparat clasic. Ea a stat la baza unei adevărate şcoli metodologie dintre ai cărei reprezentanți de seamă îi putem aminti pe M. Rheinstein, G. Gorla, R.Schlesinger, K. Zweigert şi H. Kötz.

Metoda funcționalistă pleacă de la două prezumții necesare: pe de o parte, că toate societățile umane întâmpină acelaşi tip de probleme şi că, pe de altă parte, toate aceste societăți au răspunsuri juridice (uneori extrajuridice) la aceste probleme, care sunt fie identice, fie diferite sub aspect instituțional,

formal şi structural, dar care produc, foarte adesea, rezultate similare. Tocmai de aceea, comparatistul funcționalist este interesat, cu precădere, de dinamica socială a dreptului, de funcțiile pe care acesta le îndeplineşte la nivel social, şi mai puțin de norme, instituții, legi şi chiar doctrină. Aceste aspecte complică demersul metodologic al comparatistului, în măsura în care prezumțiile sale îl obligă să analizeze resorturile sociale profunde ale juridicului într-o societate dată. Acest proces de identificare a echivalențelor funcționale nu este simplu, el presupunând atât imaginație, cât şi disciplină, ne spun Zweigert şi Kötz (Zweigert & Kötz, 1998: 37). Comparatistul ar trebui să parcurgă o etapă prealabilă de dezbrăcare de prejudecățile şi datele culturale ale propriului sistem de drept pentru a le putea recepta mai bine pe cele străine. Demersul pare a fi extrem de dificil, dar, prin exemple, Zweigert şi Kötz demonstrează că rezultatele pot fi promițătoare. Din exemplele date, autorii germani ajung la câteva premise şi la un principiu pe care le recomandă ca puncte de plecare în viitoarea analiză comparativă. Din premisele: a. dacă sunt avute în vedere doar sisteme de drept aparținând unor națiuni aflate pe aceeaşi treaptă de dezvoltare şi b. dacă sunt avute în vedere aspecte care nu au o încărcătură morală sau politică puternică, rezultă un principiu clar: acele națiuni răspund juridic, în ceea ce priveşte problemele recomandate spre abordare, în acelaşi fel sau în moduri foarte asemănătoare şi cu rezultate practice similare *(presumptio similitudinis)* (Zweigert & Kötz, 1998: 40). Din punct de vedere metodologic, această ultimă prezumție obligă cercetătorul comparatist să reia demersul analitic, în momentul în care el descoperă mari diferențe sau rezultate diametral opuse între soluțiile juridice analizate (*idem*). Prezumția de similitudine nu pare a fi însă absolută, mai ales acolo unde soluțiile juridice sunt impregnate de puternice sentimente morale şi etice înrădăcinate în particularități de ordin religios, de tradiții istorice, de evoluția culturală sau de caracterul unui popor (*idem*: 39). În aceste condiții, analiza echivalențelor funcționale poate răspunde şi întrebării strategice: care din soluțiile date de diferitele sisteme de drept poate veni cel mai bine în întâmpinarea problemei comune? Abordarea se poate dovedi utilă în cadrul unui demers de unificare a dreptului bazat pe detectarea şi culegerea „celei mai bune soluții" dintr-un coş bogat în soluții juridice date aceleiaşi probleme.

Acest demers ştiințifico-metodologic are profunde rădăcini în comparativismul kantian, în universalismul neo-aristotelian, în organicismul comtian şi evoluționismul spencerian, în funcționalismul sociologic al lui Durkheim şi realismul juridic al lui Ihering (Michaels, 2008: 345-351). Această bogată zestre ideatică nu i-a adus, din nefericire, metodei funcționaliste nici claritate şi nici o identitate pozitivă. În ciuda moştenirii sale conceptuale şi ideatice sociologice, funcționalismul juridic este acceptat ca diferit față de

funcționalismul sociologic. Astfel, primul este interesat de o funcționalitate latentă a dreptului, pe când cel de-al doilea de funcții specifice ale dreptului, *e.g.* de cele stabilite de legiuitor; scopul celui dintâi este de a scoate în evidență complexitatea sistemelor societale, pe când cel de-al doilea urmărește o reducere a complexității prin, de exemplu, enunțarea diverselor decizii în materie juridică ce ar putea fi luate (Michaels, 2008: 361). Acest aspect a condus, din păcate, la o neclaritate conceptuală și metodologică și la o incertă plasare a funcționalismului juridice undeva între sociologie și drept.

Dincolo de aceste atitudini sceptice, există, totuși, un optimism științific ce încearcă să reabiliteze metoda funcționalistă prin evitarea unei clarificări metodologice și punerea de accent pe „funcționalitatea metodei funcționaliste". Cu alte cuvinte, dacă tot i s-a conferit finalități pragmatice, ar trebui verificat în ce măsură acestea sunt realmente viabile. Astfel, metoda funcționalistă joacă un rol epistemologic important, ajutând la o mai bună înțelegere a dreptului (Michaels, 2008: 364-365). Acest lucru este favorizat de interesul ei (teoretic) de a merge dincolo de norme și instituții (*law as rules*) și de a se apleca asupra dreptului în conexiunile sale socio-culturale (*law in action*). Doar așa metoda funcționalistă poate contura raporturile de ordin funcțional între societate și drept, îmbogățind cunoașterea despre drept într-o măsură mult mai mare decât analiza pur pozitivistă. Metoda funcționalistă are și o funcție comparativă, asigurând, prin intermediul echivalenței funcționale, acel *tertium comparationis* de care are nevoie metodologia dreptului comparat. Cu alte cuvinte, metoda funcționalistă chiar este utilă unor proiecte de unificare a dreptului, în condițiile în care sunt avute în vedere societăți care întâmpină același tip de problemă și sisteme de drept care dau acestora soluții similare sub aspectul rezultatelor. Susținătorii ei au însă o misiune delicată, în acest caz, în condițiile în care planează din plin pericolul neclarității. Este dificil de stabilit cu certitudine care exact sunt problemele comune ale diverselor societăți avute în vedere și, mai ales, este dificil a se stabili cu certitudine care anume instituție juridică răspunde unei anumite probleme într-o societate dată.

Metoda funcționalistă a găsit, înainte de orice, un ecou deosebit în dreptul comparat american, stând la baza abordării factuale aplicate de Schlesinger în materia formării contractelor. Bazându-se pe metoda chestionarului, celebrul comparatist a cerut mai multor juriști, provenind din sisteme de drept diferite, să ofere răspunsuri juridice aceleiași stări de fapt. Prin acest demers, a reușit să stabilească aspecte comune în materie, dincolo de aparentele diferențe. Nu în ultimul rând, fiind un instrument util în stabilirea similitudinilor între diversele sisteme de drept, metoda funcționalistă poate fi utilizată cu succes în demersuri de unificare regională a dreptului,

aşa cum se întâmplă în UE (Örücü, 2006: 35). La acest nivel, o serie de proiecte ştiinţifice, *e.g.* proiectul Trento, Comisia pentru dreptul european al familiei, au recurs la o abordare factual-empirică, bazată pe metoda întrebare-răspuns sau a chestionarului, plecând de la cazuri ipotetice sau probleme specifice, în scopul ca, pe baza unor echivalenţe funcţionale, să obţină miezul comun, cea mai bună, cea mai funcţională sau cea mai eficientă soluţie juridică (Örücü, 2007: 436). Abordarea factuală, aşezată tot în slujba unei evidenţieri a asemănărilor, a fost utilizată şi sub forma analizei modului în care anumite sisteme de drept (cu prioritate, europene) răspund prin soluţii judiciare specifice unor situaţii de fapt echivalente (Markesinis, 2001). Metoda funcţionalistă şi-a făcut adepţi şi şi-a găsit o aplicabilitate pragmatică şi în cadrul abordării „drept comparat şi economie" *(Comparative Law and Economics)*, ce urmăreşte să analizeze eficienţa normelor şi a instituţiilor juridice în termeni pur economici.

În ciuda utilităţii sale în urmărirea anumitor finalităţi ale comparării juridice, metoda funcţionalistă nu poate fi considerată nici singura metodă utilizată în compararea juridică, nici cea mai importantă şi relevantă şi nici măcar una frecvent şi simplu aplicată (Palmer, 2005: 284). Fără a o arunca la groapa de gunoi a istoriei dreptului comparat, dar acceptându-i limitele evidente, trebuie relevat faptul că a compara în drept presupune o varietate reală şi complexă de metode.

§2. Critica metodei funcţionaliste

Pe cât de frecventată a fost în secolul al XX-lea, pe atât de criticată a devenit această metodă în secolul al XXI-lea. Aprecierile critice acide la adresa ei populează peisajul analizei metodologice: metoda funcţionalistă a fost apreciată ca oaie neagră a metodologiei dreptului comparat, o himeră, lipsită de rigoare metodologică, o raritate în practica efectivă a dreptului comparat (Michaels, 2008: 340-341). Lipsa de rigoare metodologică a suspus metoda funcţionalistă unui pragmatism adesea empiric, ea nefiind altceva decât un instrument pentru a atinge diferite scopuri de natură practică, *e.g.* unificarea dreptului. Reducând dreptul la aspectele sale pur operaţionale (Graziadei, 2003: 112) (instituţia juridică A din sistemul juridic X şi instituţia juridică B din sistemul juridic Y sunt echivalente deoarece ambele îndeplinesc aceeaşi funcţie de a răspunde unei probleme sociale unice), metoda funcţionalistă s-a dovedit incapabilă să răspundă necesităţii unei abordări complexe a raporturilor dintre drept şi societate în perspectivă comparativă. Mai mult, s-a susţinut, identificarea funcţionalităţii instituţiilor juridice nu are apanajul obiectivităţii ştiinţifice, aşa cum afirmau Zweigert şi Kötz, ci este, de regulă, rezultatul unei pure subiectivităţi de interpretare (Hill, 1989: 104). Compa-

ratistul funcționalist ar trebui să clarifice în ce măsură prezumția că societățile umane se confruntă cu același tip de probleme, precum și stabilirea „celei mai bune soluții" se bazează pe argumente obiectiv-științifice (Whytock, 2009: 1879). Într-o epocă în care critica studiilor comparativ-juridice pune un accent deosebit pe descoperirea unei/unor metodologii care să permită o întâlnire dialogală între comparatist, sinele juridic al acestuia și alteritatea juridică, această subiectivitate se manifestă metodologic printr-un reducționism artificial (Samuel, 2009a: 212-213) care elimină orice șansă reală de întâlnire și înțelegere a culturilor juridice. Aceste probleme vor sta la baza criticii aduse funcționalismului de diversele abordări „postmoderniste" ale sfârșitului de secol al XX-lea și începutului de secol XXI.

2.1. Probleme intrinseci ale metodei funcționaliste

Literatura de specialitate a stabilit o serie de probleme care țin de logica internă a prezumțiilor metodei funcționaliste și nu neapărat de posibilitatea aplicării și de modul în care aceasta este aplicată. În primul rând, s-a constatat o problemă cu prezumția conform căreia dreptul soluționează anumite probleme sau, cu alte cuvinte, are o anumită funcționalitate într-o anumită societate. S-a remarcat că, pe de o parte, există o anumită disfuncționalitate a dreptului ce determină ca anumite norme juridice să nu îndeplinească concret funcționalitatea ce le-a fost alocată sau să existe în ciuda faptului că nu au o anumită funcționalitate și, pe de altă parte, există o multifuncționalitate a dreptului ce face ca acesta să răspundă nu uneia, ci mai multor probleme sociale (Brand, 2007: 415-416). O deficiență serioasă a teoriei funcționaliste, larg remarcată de comparatiști, vizează prezumția similitudinii problemelor pe care le soluționează diversele instituții juridice. Constantinesco, plecând de la distincția dintre problema socială și cea juridică, susține că problemele juridice nu răspund întotdeauna unei probleme sociale, ci pot răspunde și unor probleme morale sau ideologice (Constantinesco, 1998: 81). Pentru sociologii dreptului și adepții curentului culturalist este evident că societățile nu întâmpină întotdeauna aceleași probleme. Așa cum recomandă Nelken,

> „Nu ar trebui să asumăm că societățile comparate vor întâmpina aceleași probleme și că vor folosi dreptul într-un fel sau altul pentru a le răspunde. Trebuie să realizăm măsura în care culturile «construiesc social» ceea ce ele consideră a fi probleme sau nevoia de a le face față folosindu-se de drept" (Nelken, 2007: 22-23).

Chiar dacă s-ar putea susține că ar exista o similitudine a problemelor, apare o situație delicată în momentul în care o societate atribuie o semnificație socială diferită unei probleme similare. Mai apoi, funcționalismul

ar trebui să ia act de cine anume consideră o situație factuală ca fiind o problemă socială, *e.g.* un grup de lobby, o doctrină sau o parte a populației, ceea ce metoda funcționalistă nu face (Brand, 2007:419). Din cauza viziunii sale reducționiste, axate pe postularea similitudinilor, metoda funcționalistă este incapabilă să rezolve problema aparentelor condiții socio-economice ce produc soluții juridice radical diferite sau care nu produc deloc soluții juridice (*idem*: 418). Nu în ultimul rând, similitudinea dintre sistemele de drept vizate apare a fi tautologică, în momentul în care ea nu este doar rezultatul demersului comparativ funcționalist, ci şi aspectul ce confirmă validitatea actului comparativ (Grosswald Curran, 1998: 67).

2.2. Abordarea contextualizată a dreptului *(law in context)*

Fiind profund preocupat de context (în sens larg), dreptul comparat postmodern vine în conflict ideatic cu metoda funcționalistă, în condițiile în care aceasta a renunțat, treptat, la abordarea contextuală. Contextualismul noului val critic în dreptul comparat pleacă de la premisa că, deşi anumite finalități ale metodei funcționaliste sunt acceptabile, această metodă este incapabilă să ofere o perspectivă analitică utilă în studierea altor tipuri de întâlniri între diversele sisteme de drept şi culturi juridice ale lumii contemporane. Metoda funcționalistă are aplicabilitate şi utilitate în momentul în care comparatistul se preocupă de echivalența funcțională între soluțiile juridice aparținând unor națiuni aflate pe aceeaşi treaptă de dezvoltare, fiind preocupată de un drept care nu este determinat de istorie, moravuri, valori etice, ideologii politice, diferențe culturale sau credințe religioase. O asemenea abordare este utilă, de exemplu, în contextul integrării juridice europene, unde nevoia de similitudine juridică poate conferi metodei funcționaliste un câmp larg de afirmare. În ciuda premiselor sale metodologice, care implică o prealabilă incursiune în contextul dreptului analizat, obsesia pentru universalism şi similitudine, interesul concret aproape exclusiv pentru instituții şi norme juridice (*law as rules/law in books/black-letter law*) nu permit metodei funcționaliste să realizeze o profundă analiză contextuală în plan social, istoric, economic, politic şi cultural. Nu este întâmplător, prin urmare, că adepții metodei funcționaliste au renunțat complet, în aplicațiile lor practice, să se mai intereseze de vreun fel de context metajuridic. În consecință, metoda funcționalistă prezintă cea mai mare, dezamăgitoare şi paradoxală discrepanță între relativa precizie şi claritatea a teoriei, care se pronunță evident în favoarea unei analize contextualizate, şi punerea ei în practică, unde evaluarea contextului este o raritate (Husa, 2007: 8-9). Demarând cu optimism ca o perspectivă metodologică anti-pozitivistă, metoda funcționalistă a sfârşit prin a fi clasată ca o abordare descriptiv-pozitivistă (Hendry, 2013: 10).

Perspectiva contextualistă postmodernă schimbă paradigma metodologică utilizată de dreptul comparat clasic. Ea nu propune neapărat eliminarea conceptelor, a normelor şi a instituţiilor juridice din peisajul analizei comparative, ci, pur şi simplu, propune analiza acestora în context. Ideea metodologică centrală a acestei abordări vizează necesitatea de a merge dincolo de normativitatea juridică din textul de lege pentru a descoperi şi înţelege cu adevărat dreptul străin. Principala provocare pe care o aduce contextualismul postmodern dreptului comparat clasic este forţa decisivă cu care se poziţionează împotriva pozitivismului juridic cu care, până la urmă, însăşi metoda funcţionalistă a fost identificată. El contestă idealul unui drept ca sistem autonom, independent şi neutru din punct de vedere politic, economic, cultural, religios ori rasial, capabil să opereze ca un instrument de regulare şi ca un arbitru imparţial al disputelor (Banakar, 2009: 79).

Trebuie să ne ferim, totuşi, să facem aici judecăţi de valoare în nuanţe pure de alb şi negru. A stabili o dihotomie strictă (aşa cum sugerează perspectiva postmodernă) între un drept comparat clasic interesat doar de dreptul din text şi un drept comparat postmodern interesat de context ar fi incorect din punct de vedere istoric. De la Congresul de la Paris, trecând prin opera lui Rabel şi ajungând la Zweigert, Kötz, Kamba, Constantinesco ş.a., dreptul comparat clasic a fost, cel puţin teoretic, preocupat de contextualizare. Pot fi, prin urmare, constatate diferenţe între cele două direcţii de abordare dar, aşa cum arată Husa, ele sunt mai curând de stil (o abordare juridic-pozitivistă *vs.* o abordare cu nuanţe filosofice), de vocabular (un limbaj juridic clasic *vs.* un limbaj metajuridic) şi de finalitate (accentuarea, cu prioritate, a similitudinilor *vs.* accentuarea diferenţelor) (Husa, 2006: 1111). Am putea vorbi, totuşi, şi de o diferenţă în ceea ce priveşte nivelul de contextualizare: pe când dreptul comparat clasic a fost interesat, cu prioritate, de contextualizarea normativ-juridică, dreptul comparat postmodern este interesat, cu prioritate, de contextualizarea cultural-juridică. Abordarea devine, în acest din urmă caz, mai complexă, cunoaşterea dreptului se amplifică, dar, în acelaşi timp, lucrurile devin şi mai complicate. Gradul de dificultate al abordării contextualizate depinde de ceea ce înţeleg diverşii comparatişti prin context: acesta poate viza datele generale de ordin istoric, economic, politic, geografic, etnopsihologic, cultural al unei anumite societăţi, poate viza practicile juridice sau modul în care dreptul din text se manifestă atunci când este pus în aplicare; poate viza tiparele de gândire juridică/mentalităţile juridice/ideile filosofice/cryptotipurile din spatele normativităţii juridice.

Istoric vorbind, s-a trecut de la o contextualizare care punea instituţiile juridice într-o relaţie sistemico-juridică sau într-o relaţie directă cu mediul economic, social, politic, cultural la o contextualizare mediată care vizează trei planuri:

a. Dreptul din text/instituțiile și normele juridice, așezate în **contextul lor juridic**. Contextualizarea nu trebuie să fie însă doar una normativ-juridică sau sistemico-juridică. Aici pot fi implicate nu doar izvoarele formale ale dreptului, la nivelul unei analize pur pozitiviste, ci și alte posibile izvoare ale dreptului. De exemplu, în familia romano-germanică, hotărârile instanțelor supreme sau ale instanțelor inferioare ori doctrina pot fi luate ca repere de contextualizare juridică. De asemenea, la acest nivel contextualizarea poate avea în vedere existența, în cadrul aceleiași unități politico-statale, a altor tipuri de normativitate juridică decât cea oficială, creată de către stat. Aici se poate discuta despre un „pluralism al ordinilor juridice" (Örücü, 2007: 61).

b. Contextul normativ-juridic este explicat de un al doilea nivel de contextualizare, unul **cultural-juridic**, *i.e.* de ceea ce putem numi generic cultură juridică (mentalități, ideologie, tipare de gândire, categorii fundamentale, credințe, principii, idei, practici juridice etc.);

c. Contextul cultural-juridic, la rândul său, este explicat de un al treilea nivel de contextualizare, unul **metajuridic**, *i.e.* contextul istoric, economic, politic, social, cultural, moral, religios etc. al unei anumite societăți umane (Ewald, 1998: 706).

Aceste trei nivele de analiză contextuală nu sunt folosite neapărat concomitent și nu sunt nici neapărat condiționate unele de celelalte. Dreptul comparat clasic, în special metoda funcționalistă, s-a orientat teoretic spre primul și al treilea nivel de contextualizare, fără a avea însă prea mult succes practic. În final, metoda funcționalistă (în varianta lui Zweigert și Kötz) s-a rezumat la o contextualizare pur normativ-juridică. Spre aceleași nivele de contextualizare se îndreaptă și ceea ce am putea numi mișcarea postmodernă de idei a dreptului în context (în sens restrâns). Aici contextualizarea prin depășirea analizei singulare a dreptului din cărți/text/monitoare oficiale poate însemna o atenție sporită acordată dinamicii vii a dreptului în practica juridică. Pentru unele domenii de comparare juridică, această perspectivă este esențială. De exemplu, pentru dreptul constituțional comparat este absolut important ca demersul comparativ să ia în calcul practicile constituțional-politice, în condițiile în care s-a constatat o diferență semnificativă între constituția formală (textul constituției) și cea materială (practica politică) (Harding & Leyland, 2007: 323). Acest demers complică, la rândul său, metodologia dreptului comparat, în condițiile în care comparatistul trebuie să aibă o abordare accentuat empirică a dreptului. Adepții perspectivei critice a dreptului în acțiune se raportează cu precădere la primul nivel de contextualizare, dar, evident, simpla analiză sistemico-juridică este depășită prin relevarea rolului diverșilor „formanți ai dreptului " în conturarea a ceea ce înseamnă drept într-un sistem de drept sau altul. Pentru cei care analizează dreptul în strânsă legătură cu ideea

de cultură *(law as culture)* accentul cade, cu prioritate, pe al doilea nivel de contextualizare, cel cultural-juridic, fără a exclude, însă, primul şi al treilea nivel. În condiţiile în care a cunoaşte cu adevărat alteritatea în drept înseamnă a înţelege, pe cât posibil, ceea ce înseamnă dreptul ca expresie culturală, contextualizarea normativ-juridică tinde să fie complet înlocuită de o contextualizare cultural-juridică. Normele juridice nu mai sunt înţelese prin prisma sistemului juridic în care se încadrează, ci sunt explicate de mentalităţile/tiparele de raţionament juridic/ideile dominante ale culturii juridice ce le susţine şi le înglobează, care, la rândul ei, este explicată de cultura generală a unei societăţi date.

Trimiterea la context înseamnă, de fapt, din punct de vedere metodologic, o invitaţie la pluri şi interdisciplinaritate (Demleitner, 1999: 740; Ponthoreau, 2005: 15). Acest demers este cu atât mai complex, cu cât avem în vedere nu doar o contextualizare externă/externalizată/directă, ci şi una internă/mediatizată (legată de gândire, mentalitate, atitudini, idei etc.). Un comparatist contextualist nu poate să abordeze contextul istoric fără să apeleze la istoria dreptului, contextul social fără să apeleze la sociologia juridică ori contextul socio-cultural fără să apeleze la antropologia juridică. Acest aspect poate deveni o reală provocare pentru comparatistul dreptului obişnuit să vehiculeze doar norme, instituţii şi sisteme de drept.

2.3. Dreptul înţeles prin prisma culturii *(law as culture)*

Critica postmodernistă a metodei funcţionaliste pune accent pe particularitate, nu pe universalitate, pe evidenţierea (şi a) deosebirilor între sistemele de drept, pe scoaterea în evidenţă a legăturilor intime dintre drept şi societatea în care se aplică. Perspectiva dreptului înţeles prin prisma culturii (*law as culture*) sau a culturalismului juridic este, în mod particular, critică la adresa metodei funcţionaliste, scoţând în evidenţă necesitatea de a studia dreptul nu neapărat în contextul său cultural general, ci ca expresie culturală a unei anumite societăţi. Perspectiva dreptul ca normă/instituţie juridică este nesatisfăcătoare deoarece dreptul unei societăţi este profund captat şi determinat de ţesutul cultural (în sens general) al acesteia. Prin urmare, analiza comparativă trebuie realizată cu prioritate la nivelul contextualizării cultural-juridice şi, implicit, metajuridice. Acest aspect conduce, în mod necesar, spre postularea diversităţii cultural-juridice, a trăsăturilor incompatibile ale diverselor sisteme de drept, a identităţii, eliminând orice demers reducţionist, programatic, de postulare a similitudinii. Tocmai de aceea, această perspectivă combate cu fermitate ideea unei *presumptio similitudinis* între diversele sisteme de drept ale lumii (Grosswald Curran, 1998: 67).

În aceste condiţii, teoria „celei mai bune soluţii" nu rezistă nici ea criticii culturaliste: a spune că există „cea mai bună soluţie" juridică pentru

o problemă socială prezumtiv comună ignoră faptul că modul în care o soluție juridică funcționează într-o societate dată nu va putea fi recreat în contextul cultural al unei alte societăți (Tushnet, 2007-2008: 1481-1482). Prin urmare, „teoria celei mai bune soluții este complet inadecvată oricărui demers de unificare a dreptului sau de îmbunătățire a dreptului național. În consecință, accentul ar trebui să fie mutat de pe „cea mai bună soluție" ca etalon abstract pe „cea mai bună soluție" pentru o societate dată (Whytock, 2009: 1903). Perspectiva culturalistă este relevantă pentru captarea diversității în drept şi o precondiție esențială a dialogului dintre sistemele de drept şi diversele culturi juridice. Dreptul din text fiind un produs cultural, doar analiza normelor, a legilor şi a funcțiilor lor este irelevantă pentru înțelegerea diversității în drept, atenția comparatistului trebuind să fie direcționată cu precădere asupra **mentalității juridice** şi a determinărilor ei culturale (în sens larg, *i.e.* sociale, culturale, economice, religioase, politice etc.) ale acesteia (Legrand, 1996). Prin urmare, în loc să „vâneze" similitudinile în cadrul unei analize funcționaliste, comparatistul trebuie să se concentreze pe diferențele dintre diversele tipuri de mentalitate juridică, în cadrul unui exercițiu hermeneutic, *i.e.* interpretarea structurilor culturale şi mentale profunde, exprimate de textele juridice (Legrand, 1997: 123) sau prin intermediul unei imersiuni culturale menite să reveleze mentalitatea/ categoriile fundamentale ale unei culturi juridice străine (Grosswald Curran, 1998: 51-61). Astfel, spre deosebire de abordarea structuralistă ce caută să explice legătura de cauzalitate dintre părțile sistemului de drept şi spre deosebire de abordarea funcționalistă ce urmăreşte să explice legătura de cauzalitate dintre diversele nevoi/probleme sociale şi soluțiile juridice, abordarea hermeneutică urmăreşte să interpreteze dreptul ca semn al unui anume mod de a gândi şi raționa. De aceea, perspectiva dreptului înțeles prin prisma culturii nu explică raporturi de cauzalitate între instituțiile juridice înțelese ca obiecte, ci încearcă să înțeleagă ce se află în spatele instituțiilor juridice înțelese ca semne ale unor scheme specifice de raționament juridic. Astfel, ea nu se întreabă care sunt cauzele existenței acestei instituții juridice, ci, mai curând, ce semnifică această instituție juridică (Samuel, 2009b: 32). Aici ne situăm profund într-o diferențiere majoră între metoda cauzală şi metoda hermeneutică.

Atât ca alternativă la metoda funcționalistă, cât şi prin forța ei metodologică intrinsecă, perspectiva culturalistă reprezintă o atracție considerabilă pentru comparatiştii contemporani. Foarte mulți dintre ei folosesc conceptul de „cultură juridică" în diverse scopuri, intensități şi contexte metodologice. Această perspectivă însăşi nu este, însă, lipsită de neclarități, pericole şi capcane metodologice. Concentrându-se, în mod particular, pe drept ca un produs cultural, ea are, pe de o parte, o sarcină dificilă în a

defini conceptul de cultură/cultură juridică şi, pe de altă parte, obligaţia de stabili cu claritate modul şi momentul în care perspectiva culturalistă trebuie utilizată[1]. Aşa cum s-a remarcat, ar fi greşit să se sugereze că toate aspectele juridicului au rădăcini culturale şi ar trebui studiate în termeni de cultură (Banakar, 2009: 76-77).

2.4. Dreptul în acţiune *(law in action)*

Sintagma „drept în acţiune" a fost destul de uzitată de-a lungul istoriei dreptului comparat. Ea nu aparţine în exclusivitate dreptului comparat postmodern, ci, dimpotrivă, o găsim utilizată din plin de către dreptul comparat clasic. R. Pound, unul din părinţii dreptului comparat nord-american, pleda deja în 1910 pentru abordarea dreptului în acţiune ca opus dreptului din cărţi, prin postularea unui concept de justiţie socială. Paradoxal, ea a fost utilizată de către M. Ancel pentru a desemna însăşi metoda funcţionalistă, care face în prezent obiectul analizei perspectivei critice a dreptului în acţiune. Etichetarea lui Ancel nu a fost deloc eronată: metoda funcţionalistă a fost (şi este încă interesată) de modul în care normele şi instituţiile juridice funcţionau efectiv într-o societate dată. Ca urmare, generic vorbind, putem identifica teoria dreptului în acţiune cu acea perspectivă metodologică ce solicită analiza şi înţelegerea comparativă a dreptului dincolo de textul de lege, urmărind dinamica vie a dreptului în aplicarea sa. Spre deosebire de culturalismul juridic, ce contextualizează analiza dreptului prin prisma conceptului de cultură, dreptul în acţiune urmăreşte modul în care normele şi instituţiile juridice se pun în mişcare la diverse paliere şi în diverse contexte. Astfel înţeleasă, perspectiva dreptului în acţiune se manifestă şi ea profund anti-pozitivist, fiind critică la adresa oricărei tendinţe de a aborda dreptul în baza unei pure exegeze a izvoarelor formale ale dreptului. Această abordare se potrivea perfect în context european continental, unde familia romano-germanică excludea jurisprudenţa din panoplia izvoarelor formale ale dreptului.

Perspectiva dreptului în acţiune a cuprins sub umbrela ei ideatică o serie mult mai largă de teorii şi unghiuri de analiză. În condiţiile unei contextualizări juridice, se poate compara modul în care instanţele unor sisteme de drept diferite soluţionează stări de fapt relativ asemănătoare. De asemenea, pot fi cuprinse sub denumirea „drept în acţiune" toate acele demersuri de cercetare empirică, de genul „miezul comun", „cea mai bună soluţie", care dezvoltă metoda funcţionalistă, precum şi acele cercetări empirice, pe bază de chestionar, ce urmăresc să analizeze interdisciplinar modul în care, de exemplu, judecătorii din mai multe ţări europene răspund concret cerinţelor

[1] A se vedea *infra*, Capitolul IX, secţiunea a 3-a.

integrării europene sau se raportează la jurisprudența CtEDO. Sub influența realismului juridic american, se consideră necesară studierea dreptului în acțiune dacă se dorește înțelegerea și predicția acțiunilor diverșilor actori ai dreptului (Nelken, 2007: 20). În același spirit, adepții perspectivei restrânse a dreptului în context se pot încadra și ei în mișcarea de idei a dreptului în acțiune, în condițiile în care pentru ei înțelegerea profundă a dreptului străin se face doar prin analiza dinamicii complexe a acestuia în context politic, economic, social, cultural, religios etc., pentru a observa modul în care dreptul din text este aplicat sub influența diverșilor parametri ai culturii generale aparținând societății respective. În literatura contemporană a dreptului comparat, perspectiva este legată de teoria formanților dreptului dezvoltată de comparatistul italian R. Sacco.

Pentru adepții teoriei dreptului în acțiune atașate de ideile lui **R. Sacco**, abordarea operațională a dreptului realizată de adepții metodei funcționaliste este frecventabilă, având în vedere că normele operative sunt parte a dinamicii dreptului. Această mișcare a „dreptului în acțiune" are însă probleme cu prezumția de similitudine utilizată de metoda funcționalistă, precum și cu nivelul la care aceasta este aplicată. Ca urmare, ea se alătură celorlalte perspective critice în dreptul comparat prin interesul major manifestat față de diferențiere. Viziunea lui Sacco este una pe deplin pluralistă, teoria formanților dreptului mergând dincolo de simpla evaluare a dreptului ca ansamblu ierarhic, coerent, de norme juridice. Ceea ce conferă consistență și particularizează dinamica proprie a dreptului într-o anumită societate are legătură cu instituțiile juridice care au funcția de a răspunde unei anumite probleme sociale, dar a reduce analiza doar la atât poate determina ignorarea complexității abordării și evoluției dreptului într-o societate dată. Ca urmare, este absolut necesar apelul la diverși așa-numiți „formanți juridici": pe de o parte, formanți expliciți, *e.g.* normele juridice conținute în legislație, ca expresie a voinței legiuitorului; normele create de instanțe și dreptul pe care instanțele îl aplică *de facto*; ideologia care stă la baza accepțiunilor despre drept, așa cum e conturată ea de doctrină ori declarațiile cu caracter oratoric ale legiuitorului; pe de altă parte, formanți impliciți, *e.g.* practici și cutume neconceptualizate care dau expresie dreptului într-o societate dată, dar nu sunt complet conștientizate; delimitate ca "cryptotipuri" ale unui anume sistem de drept, ele formează tipare implicite de comportament juridic într-o anumită societate, dând expresie particulară mentalității juridice aparținând juriștilor într-o anume țară (Sacco, 1991b: 387) .

Propunând totuși o comparare juridică structuralistă, *i.e* având la bază o concepție despre drept ca structură formată din elemente aflate într-o conexiune mutuală, analizate sub aspectul modului în care se încadrează în sistem, teoria formanților dreptului este și ea un atac la adresa pozitivismului

juridic, luând în calcul aspecte pe care acesta le ignoră în mod tradițional: opiniile doctrinei și jurisprudența instanțelor judecătorești. Ca atare, metoda comparativă, profund opusă metodei dogmatice (pozitiviste), este fondată aici pe efectiva observare a tuturor elementelor ce acționează într-un anume sistem de drept (Sacco, 1991a: 25). Relevant pentru abordarea antipozitivistă este faptul că teoria formanților dreptului nu prezintă activitatea diverșilor actori ai dreptului ca pe un tot unitar și coerent, unde legiuitorul legiferează, doctrinarul interpretează, iar judecătorul aplică. Dimpotrivă, analiza comparată a dreptului arată că, adesea, celei trei categorii principale de actori juridici se află în contradicție unele cu altele. De asemenea, comparatistul poate descoperi faptul că diverse sisteme de drept pot cunoaște formanți diferiți, iar în sistemele de drept care cunosc aceiași formanți ponderea acestora și, implicit, dizarmonia dintre aceștia pot cunoaște forme și intensități diferite (Sacco, 1991a: 32-33). Trebuie totuși reținut că, fiind funciar structuralistă și având ca reper o contextualizare juridică, teoria formanților a cunoscut, fără prea mari surprize, acuze de pozitivism juridic și lipsă de interdisciplinaritate.

Punând un accent deosebit pe dinamica și interacțiunile actorilor dreptului, în scopul înțelegerii specificității dreptului în acțiune într-o anumită societate, teoria formanților s-a dovedit deosebit de fecundă, impulsionând analiza comparativă în diverse alte direcții metodologice. Astfel, proiectul miezului comun al dreptului privat european, bazat pe metoda funcționalistă (în varianta analizei factuale) și pe teoria formanților dreptului, a reușit să obțină rezultate bogate și complexe prin evidențierea atât a similitudinilor, cât și a diversității între sistemele de drept analizate. De asemenea, asociată cu o perspectivă culturalistă, teoria formanților a impulsionat analiza rolului elitelor juridice ca entități aflate într-o continuă competiție prin producere de „ideologii"/tipuri specifice de discurs juridic ca „proiecte politice de guvernanță direcționate, partizane" într-o anume societate (Monateri, 2013: 18). Nu în ultimul rând, o contextualizare metajuridică necesară a reușit să scoată în evidență strânsa legătură dintre formanții dreptului și diverșii factori sociali, economici, culturali etc. (Grande, 2008: 127).

2.5. Studiul critic al dreptului *(Critical Legal Studies)*

Școala Studiului critic al dreptului (*Critical Legal Studies*) sau comparativismul critic a luat și ea o poziție critică fermă față de metoda funcționalistă, provenită fundamental din atașamentul față de recunoașterea și aprecierea diferenței. Pentru G. Frankenberg, unul dintre puținii comparatiști ce se adapă la școala studiului critic al dreptului, postularea diferenței este, ca și în cazul perspectivei culturaliste, urmarea înțelegerii dreptului (în special a constituției) în context cultural. Spre deosebire de școala culturalistă

ce-şi trage sevele ideologice din relativismul postmodern al lui J. Derrida şi existenţialismul heideggerian, şcoala studiului critic al dreptului valorizează diferenţiere cultural-juridică plecând de la alte premise ideologice postmoderne. „Ea vede dreptul ca pe un sistem hegemonic ce legitimează forme directe de dominaţie: normele juridice dau formă şi reproduc structuri ierarhice de putere (bazate pe rasă, clasă, sex, etc.) prin dezvoltarea unor identităţi juridice şi afectând redistribuirea resurselor sociale. În al doilea rând, ea priveşte sistemul de drept ca un instrument pentru legitimarea *status-quo*-ului: conştiinţa juridică (falsă) reprezintă un grup de credinţe împărtăşite de actorii dreptului; ea întăreşte structurile curente de putere prin medierea sau negarea contradicţiilor, creând necesităţi false şi producând justificări false" (Mattei, 2008: 819). Într-o asemenea perspectivă, dreptul comparat devine încărcat de implicaţii politice, iar comparatiştii actori principali într-un proiect de guvernanţă globală. Ca urmare, scopul principal al studiului critic al dreptului este de a deconspira aceste tendinţe, de a regândi dreptul comparat prin transformarea acestuia într-un instrument critic menit să expună tendinţele etnocentrice şi „legocentrice" ale dreptului comparat clasic (*idem*, 821).

La Frankenberg, acest tip de poziţionare ideologică pleacă spre o critică generală atât a ceea ce numeşte perspectiva juxtapunerii-plus, cât şi a funcţionalismului. În ambele, ea descoperă o perspectivă etnocentrică, subiectivă (chiar dacă juriştii comparatişti se auto-declară obiectivi), bazată pe modelarea formalistă a dreptului şi ordonare sistematică a acestuia, un demers caracterizat generic ca fiind un „control cognitiv" (Frankenberg, 1985: 423-426). Comparatistul este astfel un „observator participant" care înţelege cu prioritate dreptul străin prin prisma propriului sistem de drept. Juxtapunerea-plus, ca demers de scoatere în evidenţă a asemănărilor şi deosebirilor între termenii de comparat, „plus" explicarea acestor rezultate, respectă acest tipar metodologic prin obsesia pentru drept ca instrument ideal, necesar şi raţional de soluţionare a conflictelor sociale şi de garantare a păcii şi armoniei (obsesie calificată ca *legocentrism*), prin preferinţa acordată textului de lege (calificată ca *legalism*, deşi contextul nu este complet ignorat) (*idem*, 445), prin preferinţa acordată sistemului de drept domestic, prin disjungerile formale pe care le face între sistemele de drept relevante/nerelevante, importante/neimportante, prin demersul clasificator unificator ori prin finalităţile universaliste pe care le urmăreşte, *e.g.* scoaterea în evidenţă a principiilor generale sau a miezului comun al dreptului.

În ceea ce-i priveşte pe funcţionalişti, problemele apar încă din start: niciun demers de clarificare metodologică nu a plecat de la a stabili ce înseamnă exact „drept" sau care ar fi funcţia echivalentă (*idem*: 436). Dimpotrivă, s-a apelat la un context teoretic artificial, bazat pe *presumtio similitudinis*,

construit ca să favorizeze o comparație bazată pe norme juridice şi instituții juridice care îndeplinesc aceleaşi funcții. În perspectiva lui Frankenberg,

> „conceptul vag de funcție operează asemenea unui covor magic cu care comparatistul se deplasează de la problemele sociale la soluțiile juridice şi de la un sistem de drept la altul – pe deasupra „enigmei traducerii" (Frankenberg, 2006: 445).

Acest aspect este o dovadă a ignorării diferențelor în drept şi, implicit, a lipsei de neutralitate a comparatistului funcționalist. Îndepărtându-se critic de aceste tipuri de abordare, Frankenberg propune un drept comparat înțeles ca „experiență de învățare", implicând o mai mare sensibilitate pentru relația dintre sine şi celălalt (Frankenberg, 1985: 441). Scopul este de a elimina pe cât posibil subiectivismul comparatistului, prezumat a promova „agende politice ascunse de hegemonie şi dominare" (Frankenberg). Această atitudine presupune un demers de autocritică ce include două paradigme epistemologic-metodologice centrale: pe de o parte, distanțarea, ce implică rezistența comparatistului față de forța prejudecăților şi a ignoranței, prin aşezarea deoparte a cunoştințelor deja solidificate şi a credințelor ferme; pe de altă parte, e vorba de diferențiere, ce implică un efort conştient de evidențiere a perspectivei şi experienței subiective a observatorului comparatist (Mattei, 2008: 824).

2.6. Dreptul comparat şi teoria/filosofia dreptului *(Comparative Law and Jurisprudence)*

Nu în ultimul rând, serioase critici aduse metodei funcționaliste au venit din direcția tendinței metodologice numite „drept comparat şi teoria/filosofia dreptului" (*comparative law and jurisprudence*). Preocupată de descoperirea şi analiza tiparelor de raționament juridic/judiciar în contextul lor cultural specific, această perspectivă acuză funcționalismul de reducționism cultural-juridic, în măsura în care aplică un model de raționament juridic tuturor culturilor juridice pe care le abordează. De exemplu, plecând de la premisa că răspunsurile juridice date unei probleme sociale se pot găsi uneori în lege, alteori în afara textului de lege, funcționalismul ignoră modul specific în care este delimitat legalul de extralegal în gândirea juridică englezească (Samuel, 2004: 42-43).

§3. Concluzii

Având în vedere rolul central ce i s-a acordat în metodologia dreptului comparat clasic metodei funcționaliste, critica acesteia a devenit mediul

intelectual propice al lansării şi dezvoltării dreptului comparat critic, postmodern. Critica a avut în vedere nu doar auto-asumatele valenţe de infailibilitate ale acestei metode, ci şi pretenţiile ei de universalitate, punând puternic sub semnul întrebării obsesia dreptului comparat clasic pentru monism metodologic. Ea a vizat, de asemenea, transformarea acestei metode într-un instrument de promovare a similitudinii în drept, precum şi preocuparea excesivă pentru dreptul din textul de lege. Această critică a fost uneori atât de acidă încât am putea trage concluzia că ne aflăm în prezenţa unei schimbări radicale de paradigmă metodologică în dreptul comparat, una care se ridică pe ruinele metodologiei dreptului comparat clasic. Sintetizând, putem afirma că noua direcţie metodologică în dreptul comparat critic este axată pe transcenderea dreptului înţeles ca norme, instituţii şi sisteme, este contextualizată, pluralistă, preocupată de diversitate şi diferenţiere, preocupată de dinamica vie a dreptului, dialogală, empirică şi inter/pluridisciplinară. Ea este împotriva analizei singulare a dreptului din text/monitoare oficiale/cărţi, împotriva considerării doar a dreptului edictat de către autoritatea statală (de sus în jos), împotriva apetitului obsesiv pentru similitudine şi uniformizare, împotriva eurocentrismului, împotriva unor abordări pur teoretice, statice şi ancorate strict în juridic.

Trebuie reţinut cu atenţie faptul că nu este vorba aici despre o metodă unică şi general aplicabilă a comparării juridice contextualizate şi nici nu se pune problema de a căuta aşa ceva. Aşa cum precizează S. Glanert, nicio metodă nu este unică, metoda este cu necesitate plurală, iar comparatiştii dreptului trebuie să fie conştienţi de acest aspect (Glanert, 2013: 65-67). Aşa cum am observat din analiza reacţiilor diverselor „şcoli" ale dreptului comparat postmodern împotriva metodei funcţionaliste, abordarea contextualizată a dreptului implică o multitudine de perspective şi intercondiţionări metodologice care ajută comparatistul să înţeleagă dreptul în dinamica sa completă şi complexă. Tocmai de aceea, de exemplu, contextualizarea culturală (culturalismul juridic) nu poate fi utilizată ca o unică şi generală abordare în dreptul comparat, chiar dacă există o tendinţă de a explica totul în lumea comparativ-juridică prin intermediul culturii. Cert este că astăzi nu se mai poate vorbi despre „metoda dreptului comparat" sau „metodologia dreptului comparat", ci despre „metodele utilizate în cercetarea dreptului comparat" (Örücü, 2006: 41).

Ca urmare, s-a propus utilizarea unei multitudini de metode şi perspective care să permită surprinderea corectă a complexităţii dreptului în interacţiunea sa cu socialul, în funcţie de posibilităţile şi scopurile avute în vedere de comparatist (Palmer, 2005: 290). Tot ceea ce trebuie să facă juristul comparatist este să descopere cel mai potrivit ansamblu de tehnici şi metode pentru a-şi atinge scopul comparării. Totuşi, în condiţiile în care finalităţile

dreptului comparat nu vizează întotdeauna o analiză profundă, complexă, pluridisciplinară a alterității în drept, se ridică ferm problema oportunității şi validității monopolului pe care diversele perspective metodologice ale dreptului comparat postmodern, contextualizat, l-ar putea institui în metodologia dreptului comparat. Având în vedere faptul că finalitățile dreptului comparat sunt diverse, mergând de la o simplă informare asupra unui drept străin până la hermeneutica tiparelor de raționament juridic, a exclude metodele clasice de abordare a dreptului străin din panoplia metodologică a dreptului comparat contemporan pare a fi cel puțin neproductiv, dacă nu chiar o manifestare de aroganță intelectuală[1]. De exemplu, ar fi absurd să se utilizeze metoda imersiunii culturale atunci când un jurist doreşte să se informeze cu privire la modul în care un grup de sisteme de drept străine reglementează procedura divorțului. La fel de absurd ar fi să se elimine acest demers ca finalitate a dreptului comparat, deoarece el nu se pretează la o abordare profundă a alterității în drept.

Plecându-se de la constatarea necesității pluralismului metodologic, în strânsă legătură cu multiplicitatea finalităților dreptului comparat, s-a conştientizat faptul că ideea unei metode ştiințifice care să se bucure de obiectivitate este un obiectiv cu greu de atins în materie de comparare juridică. Ca urmare, între pluralismul metodologic şi subiectivismul metodologic în dreptul comparat există o legătură intrinsecă. Fiind vorba de o poziționare metodologică proprie unui anume comparatist, metoda este întotdeauna subiectivă şi inerent speculativă (Glanert, 2013: 67-69). Acest aspect este determinat şi de faptul că fiecare comparatist are o perspectivă proprie asupra a ceea ce dreptul este, înseamnă şi face (Adams, Bomhoff, 2012: 8-9). De aceea, nu există un tip standard de jurist comparatist, aşa cum nu există o rețetă metodologică universală în dreptul comparat. Nu întâmplător, într-una din puținele şi mai recentele cărți dedicate „Metodelor dreptului comparat" (Monateri, 2012), contributorii au fost rugați şi lăsați să prezinte, în mod subiectiv, metoda pe care o folosesc personal în abordarea comparativ juridică. Într-o lucrare asemănătoare, I. Smits avea rezerve în a recomanda propria metodă comparativă ca o cale generală de urmat în explorarea sistemelor şi a culturilor juridice străine. Alegerea subiectelor şi a metodelor, spune autorul olandez, „este adesea intuitivă, influențată de lectura coincidentă a literaturii din alte domenii decât dreptul" (Smits, 2012: 183).

În consecință, se poate pune sub semnul întrebării identificarea comparatistului cu doctrinarul dispus să se lanseze într-o analiză sofisticată a alterității în drept. Dimpotrivă, putem spune că pluralismul metodologic, alături de subiectivismul metodologic, postulează o reală pluralitate a actorilor

[1] A se vedea *infra*, Capitolul VII, secțiunea a 8-a.

dreptului comparat. Academicianul, profesorul, cercetătorul, studentul, legiuitorul, judecătorul național sau internațional, avocatul dintr-o multinațională nu compară în aceleaşi scopuri şi, prin urmare, nu compară la aceleaşi nivele şi folosind aceleaşi perspective metodologice. De exemplu, în cazul legiuitorului, judecătorului sau al altor practicieni ai dreptului, demersul comparativ vizează postularea unui grup de modele juridice în vederea găsirii unei soluții juridice pentru o problemă internă. Aici, metodologia comparativă se axează, mai curând, pe analiza normelor/instituțiilor juridice şi pe problematica transplantului juridic, fără a exclude însă din peisajul metodologic metoda funcționalistă, metoda miezului comun, metoda celei mai bune soluții ori metoda contextualizării. Totul depinde de cât de mult este interesat legiuitorul național să realizeze un import juridic rațional, bazat pe o comparare sistematică a modelelor juridice existente. De asemenea, lipsa de pregătire, experiență şi timp a studenților la drept împiedică realizarea unei analize complexe, pluridisciplinare a dreptului străin. În acest caz, o comparare incompletă este mai utilă decât lipsa oricărei informații despre dreptul străin (Basedow, 2014: 17).

Din păcate, postularea unei metodologii pluraliste, relative, subiective a comparării în drept nu induce neapărat senzația unei limpeziri a problematicii metodologiei dreptului comparat. Dimpotrivă, în condițiile pluralității de metode, un neinițiat se poate întreba cu sinceritate care e calea de urmat. În locul unui drum metodologic clar, sigur, bine marcat şi uşor de parcurs, cel ce doreşte să demareze un proiect comparativ în drept întâlneşte, ca să folosim metafora „Alice în țara minunilor" a lui J. Husa, o mulțime de „găuri de iepure" care-i promit fiecare, în mod incert, că-l vor introduce pe comparatist într-o lume a minunilor (Husa, 2007: 4). Această perspectivă schimbă cumva ordinea lucrurilor: în loc să i se arate calea de urmat spre inițierea în compararea juridică, celui neinițiat i se spune, mai curând, că trebuie să fie deja inițiat în drept comparat pentru a descoperi calea.

Secțiunea a 4-a. Drept comparat și contextualism în România contemporană

Toate secțiunile anterioare sunt relevante pentru faptul că sistemul de drept românesc este departe de a rezida doar în dreptul din text (*black letter law*), *i.e.* norme juridice, instituții juridice aşa cum sunt ele reglementate de legislația românească. Dreptul românesc trebuie descoperit, de asemenea, în trecutul său, ca tradiție juridică, şi în practicile actorilor dreptului (*law in action*).

O perspectivă critică a dreptului în context este mai mult decât necesară în România contemporană. Abordarea este legată nu doar de efectele transplantului juridic în societatea şi cultura juridică românească, ci şi de o nevoie distinctă de a afirma o identitate juridică. Ar fi o greşeală să evaluăm continuu dreptul doar în termeni de legi, instituții, norme şi concepte juridice. Din păcate, pozitivismul juridic tinde să fie neutru din punct de vedere cultural (Finnis, 1999-2000: 1598) şi înşelător pentru orice demers de căutare a identității juridice. Într-o Europă postmodernistă, marcată de un asiduu proces de recunoaştere şi reconturare a granițelor culturale, într-o Europă devotată proiectului diversității culturale, preocupată tot mai intens de o doctrină a „dreptului şi societății", o abordare a dreptului înțeles prin prisma culturii ar fi mai mult decât potrivită. Probabil cel mai serios argument în favoarea unei abordări contextualizate a dreptului este faptul că ea ne-ar oferi şansa să ne înțelegem eşecurile sociale, economice, morale şi educaționale într-o societate românească dominată de ideea că normele juridice sunt un instrument sigur şi rațional de a produce schimbare la toate nivelurile.

Perspectiva analizei dreptului în context nu ar trebui să fie descurajată de o abordare pozitivistă covârşitoare în studiul comparat al dreptului la nivel european (Reimann, 2002: 692). Dimpotrivă, obsesia integrității, unității şi uniformității sau incoerenței juridice în dreptul european ar putea fi mult mai fructuos analizată într-o perspectivă contextuală. Necesitatea şi inevitabilitatea „vânătorii" de similitudini ar trebui să fie dublată de o critică culturalistă care să evalueze corect viabilitatea şi şansele de succes ale proiectului de uniformizare a dreptului privat european (Niglia, 2006: 421-425). Este important să înțelegem că mentalitățile juridice, cultura juridică în genere nu sunt obstacole imposibil de depăşit în calea convergenței juridice, dar orice proiect de uniformizare juridică la nivel European nu va avea succes fără dialog cultural-juridic şi, mai ales, fără necesitatea de a accepta, până la un anumit nivel, necesitatea ingineriei cultural-juridice. Astfel, într-o perspectivă comparativă pluridisciplinară, ar putea fi evidențiată complexa interacțiune dintre drept şi societate, necesitatea şi limitele dreptului ca oglindă a societății (a dreptului în context), mecanismele schimbării sociale şi juridice, în special măsura în care societatea şi cultura ar putea oglindi dreptul (contextual în drept) (Nelken, 2007: 23). Întreg acest dialog cultural-juridic ar trebui să fie înțeles ca interacțiune între identități cultural-juridice egale.

Este evident că identitatea juridică este doar parțial captată de textul juridic, de cuvinte şi litere juridice (Grossfel & Eberle, 2003: 292), în schimb ea este redată de cultura juridică şi, în final, de contextul social, cultural, istoric, economic şi politic (Legrand, 1996: 236). „Forțele ascunse care se

manifestă dedesubtul feței externe a dreptului" (Eberle, 2009: 453) sunt constitutive pentru sinele juridic al unei națiuni. Aici, o înțelegere dihotomică a dreptului – ca vizibil (text, cuvinte, litere) și invizibil (context cultural ascuns) – propusă de Grossfeld & Eberle este productivă atâta timp cât încurajează percepția sinelui juridic prin intermediul conștienței de sine în plan juridic. Dificultatea acestui demers este inerentă, atâta timp cât ea implică (cel puțin din perspectiva actorilor români ai dreptului) o schimbare de paradigmă cognitivă în înțelegerea raporturilor dintre drept și societate. Evident, aceasta abordare nu poate fi realizată prin perspectiva pozitivismului juridic, ci, mai curând, din perspectiva unui antropolog al dreptului (Grossfeld & Eberle, 2003: 297), a unui etnolog, lingvist sau sociolog al dreptului. Cu alte cuvinte, comparatistul dreptului trebuie să câștige competența complexă a pluri și interdisciplinarității (Peters & Schwenke, 2000: 832-833; Legrand, 1996: 238). Sinele juridic, înțeles în termeni de identitate juridică, presupune ca această, pe cât posibil critică și obiectivă, călătorie științifică de la suprafața vizibilă a dreptului spre nivelele culturale invizibile adânci (van Hoecke & Warrington, 1998: 519-520), această imersiune culturală (Grosswald Curran, 1998: 51) să fie realizată într-o perspectivă comparativă. Conturarea identității juridice a unei societăți este un proces de așezare a granițelor diferențierii cultural-juridice față de alte identități juridice. Prin urmare, o serie de întrebări ar putea fi ridicate aici: în ce măsură perpetuul complex de inferioritate culturală a românilor determină un apel continuu la importul juridic?; în ce măsură mentalitatea importatoare a românilor afectează schimbarea juridică în România: reprezintă ea un factor constant în tendința constantă a specialiștilor români de a ignora forța inerentă a culturii juridice românești? Ori ea reprezintă o cauză decisivă a importurilor juridice pe care sistemul de drept românesc încă le realizează din plin? În ce măsură societatea comunistă și filosofia partidului-stat centralizat încă influențează activitatea judiciară în România contemporană? În ce măsură nivelul scăzut de salarizare a profesorilor în sistemul educațional românesc afectează profesionalizarea actorilor dreptului? Care este impactul mentalității bazate pe „ușurătatea românească a ființei" (Mitchievici, 2006: 13) asupra efectivității dreptului în România?; Care sunt slăbiciunile și forța pozitivismului juridic românesc în doctrina juridică românească?; Cât de mult subminează autoritatea de stat obiceiul oficialilor români de a negocia autoritatea publică cu cetățenii?; Cât de mult este influențată gândirea juridică românească de creștinismul ortodox? Răspunsul la aceste întrebări, bazat pe un profund demers de contextualizare pluridisciplinară, va contribui semnificativ nu doar la o mai clară conturare și înțelegere a culturii juridice românești, ci și la o sporire a conștienței unei identități juridice proprii.

Secțiunea a 5-a. Etapele comparării juridice

Ideea unei metode generale, coerente şi sistematice în dreptul comparat a determinat comparatiştii să propună o serie de etape obligatorii, de a căror parcurgere ar depinde obținerea unei cunoaşteri ştiințifice a termenilor juridici de comparat, permițând comparării juridice să-şi atingă scopurile propuse. Ideea etapizării metodologice scoate în evidență necesitatea parcurgerii ordonate a etapelor stabilite, fiecare etapă parcursă fiind o precondiție necesară a succesului etapei următoare. Ca şi în alte probleme ale dreptului comparat, nici chestiunea etapelor metodei comparative nu a întrunit o unanimitate sau majoritate confortabilă. Printre cei mai aplecați asupra problemei, Constantinescu propune o metodă a celor trei C: *connaître, comprendre, comparer* (a cunoaşte, a înțelege, a compara) (Constantinesco, 1998: 123). Chiar dacă postulăm pluralismul metodologic, ordinea este una firească oricărui proces cognitiv bazat pe comparare: pentru a putea compara, trebuie mai întâi să înțelegi, iar pentru a putea înțelege, trebuie mai întâi să cunoşti. Fiecare mare etapă este subdivizată în mai multe etape metodologice secundare obligatoriu de respectat, la rândul lor. Schema metodologică a lui Constantinesco nu face altceva, prin generalitatea ei, decât să supună atenției nişte probleme la care orice comparatist, indiferent de unghiul de lectură pe care îl are, trebuie să aibă un răspuns: cum anume luăm cunoştință de obiectele comparării (presupunând că acestea au fost alese în prealabil), cum reuşim să le înțelegem corect structurile, mecanismele, intercondiționările etc. şi, în ultimul rând, ce înseamnă concret a pune față în față obiectele comparării juridice?

Troica lui Constantinesco nu se regăseşte ca atare în abordările metodologice ale altor comparatişti, dar, într-o încercare (dificilă) de sinteză, putem descoperi viziuni cu o logică relativ identică. Etapele lui Constantinesco se referă la demersul cognitiv-comparativ propriu-zis, fără a surprinde demersul alegerii obiectului comparării juridice ca parte a acestuia. Pentru alți comparatişti, alegerea obiectului este o primă etapă, ea urmărind să stabilească termenii comparării (Dannemann, 2008: 406-407). Pentru Constantinesco, etapa a 3-a, *i.e.* compararea, este un demers metodologic complex ce presupune nu doar juxtapunerea complexă a termenilor comparării juridice, ci şi explicarea relațiilor complexe dintre aceştia. Alți comparatişti disting juxtapunerea de explicația asemănărilor şi deosebirilor, ca faze distincte ale demersului comparativ (Örücü, 2006: 38-39). În sinteză, dincolo de specificitatea fiecărei viziuni, putem urmări câteva etape clare ale demersului comparativ. În primul rând, am lăsat deoparte stabilirea scopului comparării şi alegerea obiectului, considerându-le etape preliminare ale comparării propriu-zise. Mai apoi, pentru motive de claritate,

dar şi pentru a surprinde întreaga complexitate a abordărilor existente, am defalcat ceea ce alții au numit etapa descrierii în ceea ce Constantinesco numeşte cunoaşterea şi înțelegerea obiectului comparării. Cunoaşterea vizează descrierea obiectului comparării, iar înțelegerea aşezarea acestuia în contextul juridic şi metajuridic specific. Urmează compararea propriu-zisă unde sunt juxtapuse obiectele comparării, deja contextualizate, în vederea relevării sistematice a asemănărilor şi/sau deosebirilor. În final, o etapă sintetică va încerca să explice specificitatea şi complexitatea relațiilor dintre obiectele comparării juridice. Recapitulând, avem următoarele etape: 1. Cunoaşterea; 2. Înțelegerea; 3. Compararea propriu-zisă şi 4. Explicația.

Atragem atenția că ceea ce urmează în continuare nu reprezintă o rețetă metodologică patentată a comparării în drept pe care un neinițiat ar putea să o aplice automat în vederea atingerii unor anumite obiective. Etapele prezentate reprezintă nişte repere metodologice care, mai curând, îl ajută pe cel ce doreşte să se inițieze în dreptul comparat să se orienteze în hățişul metodologic, sugerându-i anumite direcții de explorare. Dacă am apela din nou la metafora „Alice în Țara Minunilor" a lui Husa, am putea spune că ceea ce încercăm a face este de a construi indicatoare spre cele mai importante „găuri de iepure" ale metodologiei dreptului comparat, fără a-l „arunca" pe cititor într-una anume. În acelaşi timp, nu vom încerca să oferim orientare spre toate posibilele metode aplicate în scopul atingerii diverselor finalități ale dreptului comparat. Unele dintre aceste, cum este transplantul juridic, le vom analiza în altă parte. Altele pur şi simplu nu există: deşi este una din cele mai sonore voci ale criticii postmoderne a dreptului comparat clasic, a convergenței sistemelor de drept europene şi a transplantului juridic, P. Legrand nu oferă o metodologie utilă comparatistului în postularea alterității în drept. Recomandările sale cu privire la preocuparea pentru teorie, preocuparea pentru interdisciplinaritate, postularea diferențelor în baza analizei contextualizate a mentalităților juridice, relativismul epistemologic ireconciliabil, toate acestea sunt mărturii ale unei poziționări ferme în postmodernism, dar nu oferă niciun fel de ghidaj metodologic concret. Având în vedere că am privilegiat în acest manual o perspectivă a dreptului comparat ca înțelegere complexă, profundă, a alterității în drept, ceea ce vom prezenta se va axa cu prioritate pe posibilele sau imposibilele căi de a atinge acest deziderat. Trimiterile la metodologia clasică a dreptului comparat vor fi inevitabile, lăsând deoparte metoda funcționalistă, ale cărei principii şi etape au fost deja prezentate.

§1. Cunoaşterea obiectului comparării juridice

Dacă obiectul comparării juridice este dreptul, cunoaşterea acestuia depinde esențial de ceea ce înțelege fiecare comparatist prin drept. După cum s-a arătat, obiectul îl pot constitui: concepte, norme, instituții, legi, ramuri şi diviziuni ale dreptului, sisteme de drept, jurisprudența, doctrina juridică, soluții juridice echivalente, faptele juridice, uzurile şi cutumele juridice, practicile juridice, ideile/principiile universale ale dreptului, credințe, atitudini, mentalități juridice, discursul despre drept. Ținând cont de această complexitate a obiectului comparării juridice, orice demers ştiințific sistematic de cunoaştere trebuie să plece de la un demers de conceptualizare metodologică menit să identifice şi să definească unitățile comparării şi care, totodată, să stabilească nivelul de abstractizare al abordării comparative (Örücü, 2006, 447). Conceptualizarea ar trebui să fie însoțită de o clarificare a direcției de urmat după depăşirea acestei faze, *e.g.* comparatistul poate alege între abordarea structurală, funcțională sau psihologică, între analiza concentrată pe comportament, studiul regional al dreptului, analiza bazată pe postularea unei probleme, abordarea contextualizată sau una bazată doar pe analiza dreptului din text, abordarea similitudinilor sau a diferențelor ori o strategie bazată pe o abordare multiplă (Örücü, 2006: 448).

Având în vedere că, de regulă, propriul sistem de drept al comparatistului se recomandă întotdeauna a fi avut în vedere, cunoaşterea obiectului comparării juridice are două componente esențiale: 1. Cunoaşterea sistemului de drept național, 2. Cunoaşterea sistemului de drept străin. Indiferent că ne situăm la nivelul abordării strict pozitiviste sau la nivelul abordării contextualizate, pentru marea majoritate a comparatiştilor această etapă este una a prezentării obiectului comparării juridice. Este vorba, pur şi simplu, de o descriere care, atrag atenția comparatiştii, nu trebuie confundată cu compararea propriu-zisă a dreptului (Kamba, 1974: 512; Constantinesco, 1998: 125-127; Reitz, 1998: 618-620). Descrierea ține de o abordare tradițională simplistă a dreptului comparat, bazată pe „traducerea a ceea ce alții au scris despre dreptul lor domestic, pe acumularea şi transmiterea de cunoaştere despre dreptul străin şi familiile juridice" (Siems, 2007: 142; Reinmann, 2002: 684). Aşa cum precizează R. Sacco, faptul că un jurist cunoaşte patru sisteme de drept străine, nu-l transformă în comparatist, aşa cum un poliglot care cunoaşte bine patru limbi străine nu este un specialist în lingvistică comparată (Sacco, 2000-2001: 1170). Alături de observarea şi simpla descriere a sistemelor de drept avute în vedere, comparatistul mai poate culege informații prin intermediul cercetării empirice, *e.g.* chestionare, interviuri cu actorii sistemului de drept național sau străin.

Dreptul comparat clasic este preocupat, cu precădere, de norme, instituții juridice, legi, jurisprudență ori de problemele sociale/juridice cărora primele le constituie răspuns. Când este vorba despre norme, instituții, legi sau ramuri ale dreptului, acest aspect presupune o abstragere a lor din contextul juridic specific şi prezentarea lor cu tot ceea ce înseamnă structură, logică internă şi metode proprii (Konijnenbelt, 1994: 125). Deşi Constantinesco recomandă, la rândul său, scoaterea obiectului comparării din contextul său sistemico-juridic, procesul de cunoaştere, anticipând procesul de înțelegere, nu exclude orice fel de contextualizare. Contextualizarea este una pur juridică la Constantinesco, dar nu una pur normativă, ci şi cultural-juridică, cu accent pe hermeneutică juridică şi praxis juridic. Plecând de la necesitatea cunoaşterii (implicit înțelegerii) dreptului străin „astfel cum este", autorul propune o abordare ce presupune dezbrăcarea comparatistului de determinările sale culturale şi asumarea unei perspective obiective care să-i permită să descopere sistemul de drept străin cu ochii unui jurist născut în acel sistem de drept. Demersul este unul complex, deoarece Constantinesco pretinde comparatistului să îşi asume nu doar conceptele, logica, metodele, izvoarele formale ale acelui sistem de drept, ci şi perspectiva interpretativă a doctrinei de acolo, precum şi modul în care obiectul comparării funcționează efectiv în ordinea juridică studiată (Constantinesco, 1998: 138). De exemplu, comparatistul trebuie să cunoască termenul de comparat în modul complex în care este reglementat de lege, comentat de către doctrină şi interpretat de către instanțe. Deşi accentuează rolul dreptului în acțiune şi specificitatea hermeneuticii juridice în diversele ordini juridice, abordarea lui Constantinesco nu este una postmodernă, ci se încadrează totuşi în canoanele dreptul comparat clasic. Chiar dacă nu este pur pozitivistă (el identifică dreptul nu doar în norme, ci şi în doctrină şi jurisprudență), viziunea sa este redusă la categoriile „stilistice" ale sistemului de drept/familiei juridice din care ordinea juridică studiată face parte. În aceste condiții, modul în care, de exemplu, juriştii englezi interpretează dreptul nu este expresia cultural-juridică a unui întreg univers cultural, ci un element determinant aparținând unui tot sistemic. Mai mult, autorul are o perspectivă reducționistă, în măsura în care orice specificitate a ordinii juridice cunoscute în această etapă se încadrează, până la urmă, în limitele elementelor determinante ale diverselor familii juridice şi este determinată de acestea (Constantinesco, 1998: 208).

Pentru perspectiva postmodernă, de asemenea, o cunoaştere a ceea ce înseamnă „dreptul extern", *i.e.* norme juridice scrise, jurisprudență, este necesară în prealabil, în condițiile în care ceea ce descoperă comparatistul la prima vedere într-un sisteme de drept străin este dreptul scris (Eberle, 2009: 460) sau universul conceptual al aceluia (Ewald, 1994-1995: 1973-

1974). Pentru culturaliști, cunoașterea dreptului „văzut" nu reprezintă, însă, altceva decât o poartă de intrare spre descoperirea și înțelegerea latitudinilor ascunse, profunde, ale dreptului. Pentru școala dreptului comparat și teoria/filosofia dreptului, cunoașterea dreptului străin rezidă în perceperea universului conceptual al acestuia. Cum acest univers conceptual este vehiculat de actorii respectivului sistem de drept, cea mai bună cunoaștere a acestuia se face prin intermediul modului în care respectivii actori gândesc dreptul. Pentru Ewald, de exemplu, cunoașterea unui sistem de drept străin vizează modul în care se manifestă gândirea juridică formală, la nivelul actorilor dreptului, cu privire la sursele formale ale dreptului și la raționamentul juridic. Se regăsește aici ideea clasică de a înțelege dreptul străin „așa cum este", dar diferențele sunt majore: pe când la Constantinesco, de exemplu, hermeneutica este doar un element determinant, alături de altele, ce facilitează modul în care o anumită instituție este aplicată concret, pentru Ewald hermeneutica este elementul definitoriu al sistemului de drept străin.

Pentru a putea cunoaște obiectul comparării juridice, mai ales dreptul străin, comparatistul trebuie să fie echipat cu materialele, cunoștințele și competențele necesare. Nu în ultimul rând, cu experiență. Deoarece comparatistul se angajează în demersul dificil de a descoperi și analiza „forțele ascunse" care determină dreptul într-o anumită cultură juridică, el trebuie să dezvolte competențe de a raționa critic, într-o manieră științifică și neutră (Eberle, 2009: 457). Comparatiștii sunt de acord că o asemenea abordare implică talentul de a realiza o „imersiune culturală" (Curran, 1998: 43): o introspecție culturală în cazul explorării propriei culturi juridice, dar și adevărate competențe de antropolog și arheolog în cazul abordării unei culturi juridice străine (Eberle, 2009: 458). Deși nu pun problema direct și expres în termeni culturali-juridici, comparatiștii clasici cu experiență nu au putut să nu observe că, în materie de comparare juridică, se întâlnesc două sau mai multe universuri juridice diferite, fiecare cu determinările sale lingvistice, epistemologice și hermeneutice. De aici și conștientizarea pericolului căutării dreptului străin în altă parte decât se află și a neînțelegerii acestuia. Nu întâmplător, comparatiștii clasici cereau comparatistului să fie capabil să se dezbrace de propriul sistem de drept și de modul propriu de gândire (Constantinesco, 1998: 138; Bogdan, 1994: 41). Deși seamănă cu „imersiunea culturală" a dreptului comparat postmodern, această cunoaștere a dreptului străin „așa cum este" are la bază premise gnoseologice diferite: în primul rând, ea se bazează pe ideea existenței obiective a dreptului străin ca obiect al cunoașterii; în al doilea rând, se bazează pe un optimism gnoseologic: comparatistul este capabil să cunoască deplin acest obiect dacă respectă cu atenție niște reguli metodologice; și, în al treilea

rând, comparatistul este capabil să se dezbrace de predeterminările sale cultural-juridice.

Conştient de dificultăţile de ordin lingvistic şi informaţional, comparatistul este încurajat să se deplaseze în atmosfera cultural-juridică a sistemului de drept studiat pentru a compensa prin dialogul direct cu actorii dreptului străin inerentele probleme în materie. Mai ales în condiţiile în care se tinde la cunoaşterea dreptului viu, trebuie conştientizat că una este a cunoaşte un sistem de drept din surse scrise, chiar primare, şi altceva este a vedea dreptul străin în dinamica sa vie. Dincolo de entuziasmul ori elitismul metodologic, ar trebui însă conştientizat faptul că a îndeplini practic aceste cerinţe este un lucru dificil şi nu întotdeauna necesar. În ceea ce priveşte cunoaşterea limbii străine, problema se pune în funcţie de actorul comparării juridice, dar şi de scopurile comparării şi metodologia aleasă. Astfel, este prea mult a cere studenţilor ce frecventează cursul de Drept comparat să cunoască la nivel avansat una sau mai multe limbi străine. Scopul comparării este aici informativ-didactic, iar metodologia avută în vedere este adaptată acestei finalităţi: ea nu vizează o intensă abordare interdisciplinară şi nici o imersiune în cultura (juridică) a unui sisteme de drept străin. La fel se pune problema în cazul practicienilor, avocaţilor sau judecătorilor. Finalităţile abordării lor comparative sunt pur pragmatice, iar cunoaşterea unei limbi străine nu trebuie neapărat să existe la un nivel superior. Lucrurile stau altfel în ceea ce-i priveşte pe doctrinari. La acest nivel, buna cunoaştere a uneia sau a mai multor limbi străine este necesară. Dar şi aici trebuie făcute nişte diferenţe. Astfel, nu toată cercetarea comparativ-juridică la acest nivel are în vedere înţelegerea profundă, pluri şi interdisciplinară, prin imersiune, a unei culturi juridice străine. De aceea, cunoaşterea perfectă a unei limbi străine nu e absolut necesară. Pe de altă parte, se poate ridica problema câte limbi străine poate asimila şi cât de profund le poate cunoaşte un comparatist. Realitatea demonstrează că, indiferent de vocaţia fiecăruia de a învăţa limbi străine, a cunoaşte o limbă străină la nivel C2 (cel mai apropiat de cunoaşterea nativă a respectivei limbi) presupune o îndelungată practică şi experienţă (Lemmens, 2012: 307-308). Poate nu e întâmplător faptul că, dincolo de cerinţa înalt-teoretică de a fi poliglot, în practică lucrurile se mişcă în direcţia utilizării aproape exclusive a limbii engleze. De aici şi posibile acuze de „ipocrizie inocentă" aduse comparatiştilor elitişti (*idem*: 310).

Nu în ultimul rând, nu toţi comparatiştii au posibilitatea de a se deplasa pe timp îndelungat în culturile juridice pe care le studiază. Acest aspect afectează nu doar nivelul de cunoaştere a limbilor străine, ci şi modul în care se accesează informaţia „relevantă" despre sistemul/cultura juridică studiată. Nu de puţine ori, se folosesc astăzi traduceri în limba engleză a unor informaţii despre sisteme de drept a căror limbă oficială nu este engleza.

§2. Înţelegerea obiectului comparării juridice

Evident, odată lămurită problema identităţii obiectului comparării juridice, se pune problema înţelegerii acestuia. Epistemologia comparării juridice ia forme diferite, în strânsă legătură cu ceea ce înţelege fiecare comparatist prin drept. Se discută despre dreptul din cărţi, dreptul din text, dreptul în context, dreptul înţeles prin prisma culturii, mentalităţi juridice, dreptul static, dreptul în acţiune, drept ca principii filosofice ale dreptului, drept comparat critic, formanţi ai dreptului, forţele invizibile ale dreptului. În legătură cu înţelegerea obiectului comparării juridice se ridică întrebări importante, care nu şi-au găsit un răspuns clar: Care ar fi cea mai bună metodă pentru a înţelege obiectul comparării juridice? Cât de mult şi de bine putem pătrunde în universul conceptual al unei culturi juridice străine? Cât de mult şi de bine se poate dezbrăca juristul comparatist de predeterminările sale culturale astfel încât să nu distorsioneze considerabil obiectul analizei sale comparative? Abordarea contextualizată a dreptului este, până la urmă, un demers metodologic valid în cadrul oricărui demers comparativ?

Pentru adepţii postmoderni ai contextualismului, în sensul larg al cuvântului, înţelegerea dreptului naţional sau străin se face prin aşezarea acestuia în context cultural-juridic şi metajuridic. Orice abordare comparativ-juridică făcută doar la nivelul normelor, al instituţiilor juridice sau al textelor de lege nu poate oferi perspectiva complexă necesară înţelegerii dinamicii dreptului străin studiat (Moreteau, 2005: 414; 424). Aşezarea în context metajuridic a obiectelor comparării este, de altfel, o etapă metodologică necesară înţelegerii „reale" a obiectelor comparării şi pentru dreptul comparat clasic. Aici trebuie menţionat că vechea şcoală a dreptului comparat a condiţionat, în bună măsură, cunoaşterea/înţelegerea obiectului comparării juridice de o aşezare a acestuia în context socio-cultural. Contextualizarea în dreptul comparat nu s-a născut odată cu perspectiva critică postmodernă a pozitivismului juridic şi a funcţionalismului, ci a apărut în zorii secolului al XX-lea în lucrările lui E. Rabel. Contextualizarea a pierdut, din nefericire, teren pe măsură ce metoda funcţionalistă s-a blocat în propriile premise şi s-a declarat practic dezinteresată de context, dar înţelegerea contextualizată a termenilor de comparat nu a dispărut din metodologia dreptului comparat clasic. Prin urmare, comparatişti precum Stone, Kamba, Kahn-Freund şi Constantinesco au propus, în mod firesc, înţelegerea obiectului comparării prin analiza contextualizată a termenilor de comparat. Pentru Stone, analiza contextuală urma să fie una complexă, plecând de la istorie, economie, politică şi ajungând la contextul cultural în literatură şi artă, la religie, credinţe, practici şi filosofii (Stone, 1950-1951: 332). Pentru Kamba cunoaşterea obiectelor comparării depindea de contextualizarea socio-culturală, care

putea să fie intra şi transculturală (Kamba, 1974: 515-516), iar pentru Kahn-Freund cunoaşterea dreptului străin implică o analiză a contextului social şi, mai ales, a contextului politic al acestuia (Kahn-Freund, 1974: 27).

Pentru Constantinesco, contextul se referă, cu generozitate, atât la contextul juridico-sistemic general, cât şi la cel metajuridic, *i.e* determinările religioase, politice, economice, culturale, geografice ori morale ale sistemului de drept analizat (Constantinesco, 1998: 210). După ce este desprins din contextul său sistemic şi analizat în sine, termenul de comparat este reintegrat ordinii sale juridice, dar înțeles complex în intercondiționările sale metajuridice. Pe linia clasică trasată de Rabel, Constantinesco are în vedere o îmbinare a analizei funcționale, bazată pe echivalența funcțională, intrasistemică, a termenilor de comparat (fără a fi adept al metodei funcționaliste) cu o analiză contextuală metajuridică. Prin urmare, contextualizarea juridică pe care o realizează nu este una strict pozitivistă, ci una bazată pe funcționalitatea instituției analizate în ansamblul sistemico-juridic. Aici analiza microcomparativă trebuie realizată în strânsă legătură cu analiza macrocomparativă; elementele determinante ale unei ordini juridice pot fi decisive pentru înțelegerea termenilor juridici străini de comparat. Pe de altă parte, înțelegerea în contextul metajuridic este esențială pentru succesul acestei etape. Dreptul unei societăți date este o expresie a acestor variabile, iar autorul citat nu se sfieşte să apeleze la Montesquieu pentru a susține necesitatea înțelegerii dreptului în ambianța sa proprie (idem: 211-212). Constantinesco remarcă şi el, inevitabil, caracterul ascuns, implicit, ezoteric, dificil de sesizat, al contextului, dar perceperea şi înțelegerea lor ține, la acest autor, de un demers metodologic firesc:

> „Ca să înțeleagă o ordine juridică, el (comparatistul, n.n.) este obligat să cerceteze şi să perceapă relațiile ascunse ce leagă ordinea juridică de mediul său înconjurător. Deoarece nu există drept *pur*, elaborat în afara istoriei sale, deci în afara contextului său social, economic, politic, ideologic, cultural. Din punct de vedere metodologic, aceasta înseamnă că el, comparatistul, trebuie să integreze ordinea juridică în cadrul istoriei sale şi în ambianța ei socială, economică şi politică" (Constantinesco, 1998: 223).

Pentru adepții culturalismului, conceptul de cultură este suficient de atotcuprinzător pentru a capta „forțele invizibile" ale dreptului într-o societate dată (Eberle, 2009: 453). Metafora face referire la faptul că ceea ce se percepe vizibil ca normă juridică, ceea ce există ca normă în textul legal are un profund substrat cultural. Cultura (generală) a unei societăți, *e.g.* religia, istoria, geografia, obiceiurile, filosofia/ideologia, influențează substructural normativitatea juridică. Tocmai de aceea, atât pentru culturaliști, cât şi pentru adepții dreptului în acțiune, abordarea metodologică implică a căuta „forțele invizibile", „cryptotipurile", „categoriile substructurale", „structurile

ideologice/de gândire subsecvente" (Volcke, 2009: 100), „principiile şi ideile filosofice susținătoare" (Ewald, 1994-1995: 2108) ori „tiparele invizibile ale ordinii în drept" (Grossfeld & Eberle, 2003: 294), dincolo de normele juridice vizibile/statice, în substraturile culturale sau dinamica vie a dreptului. De asemenea, comparatistul trebuie să înțeleagă structura şi dinamica proprie culturii juridice străine aflate sub observație. În acest sens, trebuie analizate conceptele, credințele, principiile şi rațiunile care o susțin, tot ceea ce poate fi prins sub umbrela mentalității juridice (Eberle, 2009: 458).

Pentru ambele perspective (cea clasică şi cea postmodernă), analiza contextualizată metajuridică implică o abordare pluri şi interdisciplinară – menită, prin utilizarea perspectivelor metodologice ale diverselor discipline implicate, *e.g.* sociologie, politologie, economie politică, antropologie, istorie, să obțină o înțelegere complexă a sistemelor de drept analizate. Diferența între perspectiva dreptului comparat clasic şi cea dreptului comparat postmodern este totuşi evidentă: pentru Constantinescu, Kamba şi ceilalți din generația lor, normele juridice sunt atât punctul de plecare, cât şi punctul de sosire al etapei cunoaşterii/înțelegerii dreptului străin; contextualizarea metajuridică este doar o perspectivă ce favorizează cunoaşterea complexă a normelor juridice (de Cruz, 2007: 236). Pentru dreptul comparat postmodern, normele juridice sunt un punct de plecare spre cunoaşterea/înțelegerea contextualizată a dreptului străin dincolo de norme (Ainsworth, 1996-1997: 25). Ca urmare, pe când pentru unii comparatişti clasici, analiza contextualizată metajuridică se face în diverse grade de intensitate sau este ignorată, în funcție de finalitatea comparării, pentru perspectiva postmodernă această analiză reprezintă însuşi miezul demersului comparativ. Dincolo de aceste distincții, trebuie precizăcă, indiferent de orientarea lor clasică sau postmodernă, comparatiştii dreptului au sarcina metodologică de a stabili şi explica cel mai relevant context pentru finalitatea demersului lor comparativ.

Perspectiva culturalismului juridic (într-un sens larg al termenului) propune chiar o metodologie etapizată: într-o primă fază, comparatistul trebuie să realizeze o imersiune în cultura juridică (Grosswald Curran, 1998: 51; Grossfeld, 2003: 183) pe care o analizează (cea proprie sau una străină). Scopul central al acestui demers este ca juristul comparatist, dezbrăcându-se pe cât posibil de determinările sale culturale, să încerce să aibă o perspectivă dinăuntru (Valcke, 2009: 103) asupra culturii juridice străine, fără a ni se spune, totuşi, cât de adâncă trebuie să fie această imersiune (Cotterrell, 2008: 723). Experiența unor comparatişti a relevat că nu este suficient aici a se asuma, de exemplu, o perspectivă dinăuntru identică cu cea a actorilor culturii juridice respective. Mai curând, comparatistul trebuie se meargă dincolo de viziunea articulată a formanților dreptului din cultura străină aflată sub observație, spre a descoperi, pe cât

posibil, supozițiile și credințele nespuse, luate de-a gata, care informează și motivează dreptul în diverse societăți (Whitman, 2003: 315). Paradoxal, comparatistul trebuie să aibă o perspectivă dinăuntru având totuși luciditatea unui observator dinafară. Comparatistul trebuie „să se străduiască să dobândească o comprehensibilă reprezentare a alterității, în același timp încercând să mențină esența a ceea ce e incomensurabil în celălalt" (Ainsworth, 1996-1997: 27). Înțelegerea dreptului străin prin intermediul categoriilor de limbaj, principiilor și raționamentului juridic rămâne esențială și pentru perspectiva dreptului comparat ca filosofie juridică. Pentru aceasta, a înțelege pe deplin dreptul străin înseamnă capacitatea comparatistului de a gândi ca un jurist străin (Ewald, 1994-1995: 1896), astfel încât să fie capabil să comunice fără probleme cu acesta în plan juridic. Identificarea dintre comparatist și juristul străin este aici deplină. Rămas în universul juridic străin, comparatistul asumă credințele, idealurile, alegerile, dorințele, interesele, justificările, principiile, tehnicile, rațiunile și presupunerile ce stau la baza dreptului străin (*idem*: 1948).

Pentru alții, un demers de distanțare este necesar. După ce cultura juridică străină a fost studiată și rezultatele adunate, comparatistul trebuie să păşească în afara ei și să analizeze datele obținute cu obiectivitate; aici comparatistul, printr-o detaşare de propriile sale determinări culturale, trebuie să analizeze cu obiectivitate științifică raporturile intime dintre drept și determinările sale culturale (Eberle, 2009: 453). În acest moment, o deplină înțelegere a culturii juridice străine este facilitată de un demers de traducere a conceptelor și a ideilor juridice obținute prin imersiunea culturală. Demersul e apreciat ca fiind delicat, implicând o profundă cunoaştere nu doar a semnificațiilor lor în contextul cultural specific, ci și o deplină cunoaştere a contextului semiotic și lingvistic al culturii juridice străine studiate (Eberle, 2009: 459). Problema este delicată, în condițiile în care nu este simplu a se reda semnificațiile dintr-o cultură juridică străină prin concepte ale propriei culturi juridice a comparatistului. Acest aspect devine și mai delicat în momentul în care un comparatist analizează culturi juridice semnificativ diferite, *e.g.* cea occidentală și cea chineză. Se recomandă, în acest caz, a se evita utilizarea conceptelor juridice proprii culturii juridice a comparatistului și recurgerea la concepte native din cultura juridică străină (Ainsworth, 1996-1997: 27). Altfel, comparatistul se află în pericolul de a vedea în cultura juridică străină lucruri care nu există (*idem*: 30). De exemplu, vorbind despre „contract" în dreptul chinez, comparatistul occidental ar putea fi tentat să prezume existența tuturor elementelor, a principiilor și a efectelor care guvernează această instituție în dreptul occidental. Ceea ce ar fi, însă, complet greșit (*idem*: 32).

Cum abordarea metodologică centrală a perspectivei contextualist-culturaliste este „prezumția diferenței" (Samuel, 2007: 229), spre deosebire de metoda funcționalistă care se baza pe prezumția similitudinii, ea este perfect potrivită celor care doresc să postuleze pluralismul juridic şi să analizeze diversitatea în drept.

Pentru alți comparatişti, abordarea contextualizată, interdisciplinară, are în vedere interacțiunea dintre drept şi diverşii actori ai dreptului. Având conexiuni fie cu teoria formanților dreptului/dreptului în acțiune a lui Sacco, fie cu teoria „dreptului din minte" a lui Ewald, imersiunea în universul sistemului de drept străin/culturii juridice străine are în vedere înțelegerea acestuia prin intermediul modului în care actorii respectivului sistem/culturi juridice concep şi aplică dreptul (Reitz, 1998: 628). Ca primă abordare, s-a propus una a evaluării dreptului de sus în jos, încercând să arate cum dreptul, ca un corp de norme juridice, interacționează cu socialul; mai apoi, la nivelul instituțiilor juridice intermediare să se arate cum normele juridice sunt interpretate şi aplicate de diverşii actori ai dreptului, *i.e.* instanțe; în final, se va aborda nivelul acțiunii sociale, descoperind cum este identificat, folosit şi experimentat dreptul de cetățenii de rând ca parte a încercărilor lor de a organiza comunicarea socială (perspectiva de jos în sus) (Banakar, 2009: 82-83).

Pentru M. Lasser este esențială descoperirea şi înțelegerea unei culturi juridice străine doar intrând în universul conceptual-juridic al unui sistem de drept străin, aşa cum acesta este vehiculat de actorii profesionişti ai dreptului, *i.e.* legiuitor, avocați, judecători, doctrinari. Propunând o „metodologie optimistă" *(rosy methodology)*, bazată pe analiza literară (lectură apropiată şi atentă) şi buna cunoaştere a unei limbi străine, Laaser propune o descoperire a culturii juridice străine prin intermediul unei treptate bune înțelegeri a parametrilor conceptuali în care şi prin care juriştii străini tind să conceptualizeze, să articuleze, să dezbată şi să rezolve probleme juridice (Laaser, 2003: 200). Analiza literară se va apleca atât asupra textelor juridice oficiale, *i.e.* acte normative de diverse tipuri, hotărâri judecătoreşti, cât şi asupra celor semioficiale sau neoficiale, *i.e.* diversele analize făcute de jurişti, documente ale instanțelor, opinii separate, doctrina juridică. Aici metodologia utilizată se diferențiază întru câtva de metodologia „imersiunii culturale" descrisă mai sus. Astfel, „scufundarea" în universul conceptual-discursiv al culturii juridice străine nu se face prin asumarea de către comparatist a unei perspective dinăuntru, ci prin asumarea unei perspective din afară asupra dimensiunii interne a culturii juridice străine, dar văzute prin intermediul modului în care actorii profesionişti ai dreptului înțeleg funcționarea respectivului sistem de drept. Astfel, „analizele şi explicațiile rezultate ar trebui să ofere un portret detaliat al relațiilor complexe dintre multiplii actori

ai sistemului de drept şi multiplele lor roluri, aşa cum sunt prezentate în discursul lor şi aşa cum sunt construite în şi prin universul lor conceptual" (Lasser, 2003: 207).

Lucrurile devin destul de complicate în materie de „imersiune", în măsura în care nu este atât de simplu să se vorbească despre detaşare şi neutralitate în abordarea comparativ-juridică. Pentru abordarea specifică studiului critic al dreptului, comparatistul, fără a putea să se dezbrace complet de determinările sale cultural-lingvistice, ar trebui să se angajeze în observarea unor culturi juridice străine cu conştiinţa subiectivismului său şi să încerce să aibă întotdeauna o reexaminare critică a datelor obţinute (Frankenberg, 1985: 443). Comparatistul ar trebui să se întrebe în ce măsură a reuşit să se distanţeze de propriile determinări culturale şi în ce măsură ceea ce a perceput din sistemul de drept străin este o reprezentare corectă a unei realităţi şi cât o simplă proiecţie a propriului fond aprehensiv. Perspectiva este una rezervată, specifică paradigmei epistemologice bazate pe „distanţare" şi „diferenţiere", dar mult mai sinceră şi mai prudentă decât cea specifică optimiştilor. Fără a se bloca într-un scepticism relativist, demersul metodologic trebuie să fie autocritic şi rezervat. De exemplu, deşi este relativ simplu să se traducă franţuzescul *testaments* ori englezescul *wills* prin *testamente* în limba română, este mai prudent să aşezăm conceptele respective în italice şi să acompaniem traducerea cu o solidă explicaţie juridică şi terminologică de îndată ce ele apar în demersul analitic (Moreteau, 2005: 425). Propunerea metodologică a lui Lasser de a privi din afară sistemul de drept studiat prin intermediul interpretării literare îşi asumă şi ea scopul de a distorsiona cât mai puţin, prin intermediul predeterminărilor culturale şi conceptuale ale comparatistului, universul culturii juridice străine studiate. Oricum, misiunea comparatistului va fi mai grea sau mai uşoară în funcţie de compatibilitatea dintre sistemele de drept şi culturile juridice comparate: în cazul în care se compară culturi juridice asemănătoare, care au în spate o cultură generală asemănătoare, sarcina comparatistului va fi mai uşoară; dacă se compară culturi juridice semnificativ opuse, aparţinând unor societăţi cu o cultură generală diferită, atunci sarcina comparatistului va fi considerabil îngreunată.

§3. Compararea propriu-zisă

Compararea propriu-zisă implică utilizarea metodei comparative, cu tot ceea ce presupune scoaterea în evidenţă a asemănărilor şi deosebirilor între unităţile supuse comparării. Pentru comparatişti, scoaterea în evidenţă a asemănărilor şi a deosebirilor trebuie relevată distinct ca etapă doar din motive de claritate pedagogică. Acest demers are loc în

mod reflexiv (Constantinesco, 1998: 254-255) încă din faza cunoaşterii şi înțelegerii termenilor de comparat ori, pentru alții, ca un demers metodologic sistematic. Analiza metodologică a scos în evidență faptul că nu există obligativitatea evidențierii atât a deosebirilor, cât şi a asemănărilor şi că, până la urmă, accentuarea unui aspect sau altul depinde de scopul pe care şi-l asumă fiecare comparatist al dreptului. Tot ceea ce rămâne de stabilit este abordarea metodologică specifică fiecărei situații. Pentru Constantinesco, asemănările şi deosebirile se dezvăluie în complexitatea lor, cu condiția să se fi respectat etapele precedente ale metodei comparative. Elementele comune care au stat la baza comparării se dezvăluie sau nu, sunt confirmate sau infirmate. Nu în ultimul rând, se stabileşte corect nivelul şi intensitatea echivalențelor/asemănărilor dintre termenii comparării. Optimismul gnoseologic al lui Constantinesco nu postulează doar o existență obiectivă, dincolo de voința cognitivă a comparatistului, a elementelor comune între termenii de comparat (1998:74), ci susține chiar şi faptul că se pot descoperi instituții juridice identice în sisteme de drept diferite, datorită echivalenței şi asemănării lor complete pe planul structurii, al funcției şi al rezultatelor produse (Constantinesco, 1998: 85). Dimpotrivă, pentru abordarea hermeneutică a culturalismului extrem, postularea diferențelor dintre culturile juridice analizate este singurul demers ce s-ar putea încadra în această etapă a comparării. Pentru adepții mai moderați ai perspectivei postmoderne, o cunoaştere profundă, reală a alterității în drept presupune a avea în vedere atât asemănările, cât şi deosebirile între termenii comparării.

Toate aceste asemănări şi deosebiri sunt cunoştințe noi, care cuantifică măsura în care comparatistul a reuşit să cunoască şi să înțeleagă, mai mult sau mai puțin complex, sistemul/cultura juridică studiat/ă. Pentru unii comparatişti, în funcție de finalitatea comparării, drumul se opreşte aici. Astfel, pentru legiuitorul care doreşte să găsească o soluție juridică mai bună în afara țării sale, pentru judecătorul interesat să găsească un argument sau o soluție juridică pentru soluționarea unei cauze interne, pentru doctrinarul preocupat de unificarea dreptului ori pentru practicianul ce trebuie să aleagă dintr-un coş de soluții juridice, obținerea unor asemănări şi deosebiri poate fi un capăt de linie. Abordarea lor pragmatică nu are nevoie de mai mult. Pentru cei care doresc să amplifice cunoaşterea, rezultatele comparării trebuie să fie explicate, trebuie să răspundă la întrebarea – de ce se întâmplă aşa?

§4. Explicarea rezultatelor comparării

Această etapă are ca finalitate găsirea unor rațiuni pentru asemănările şi deosebirile dintre obiectele comparării, stabilite în etapele precedente.

Acest demers permite o înțelegere în oglindă atât a sistemului/sistemelor de drept străine, cât și a sistemului de drept național al comparatistului. Indiferent că a avut loc deja în faza cunoașterii-înțelegerii sau nu, contextualizarea istorică, socio-culturală, economică și politică este un demers central în etapa explicării asemănărilor și deosebirilor dintre termenii de comparat (Örücü, 2006: 39). Chiar și pentru cei care sunt încă adepți ai metodei funcționaliste, o extindere a analizei care să explice asemănările și deosebirile prin conexiunea dreptului cu societatea este binevenită (Reitz, 1998: 627). Pentru a face accesibilă compararea și explicația rezultatelor comparării, unii comparatiști vorbesc despre necesitatea golirii limbajului utilizat de conținutul cultural și apelul la un limbaj neutru pentru a avantaja comprehensibilitatea (Moreteau, 2005: 427-428).

Alți comparatiști vorbesc aici despre necesitatea de a verifica (științific) datele obținute în urma demersului comparativ-explicativ. Ideea de a verifica, în cadrul unui așa-numit drept comparat aplicat (Finnegan, 2005-2006: 104 și urm.), implică necesitatea metodologică de a stabili în ce măsură datele obținute participă sau nu la ideea de adevăr. Lucrurile sunt complicate, în condițiile în care, pe de o parte, este incert în ce măsură demersul de analiză contextuală reușește să surprindă „adevărul" despre cultura juridică străină studiată și, pe de altă parte, este neclar în ce măsură aceste date pot fi verificate empiric. Fără a înceta să caute adevărul cu privire la culturile juridice străine, perspective ca cele ce presupun imersiunea culturală nu pot să-și asume, dacă sunt conștiente de limitele lor epistemologice, decât o cunoaștere imperfectă (nu falsă) a alterității în drept (Grosswald Curran, 1998: 61-66). Tocmai de aceea, în loc să caute postularea unui adevăr științific absolut, de genul celui obținut în științele exacte sau empirice, dreptul comparat s-ar putea mulțumi cu recunoașterea ideii că celelalte culturi juridice, altele decât cea a comparatistului, au propriile lor adevăruri. Există, totuși, metode empirice prin care se poate verifica, cel puțin parțial, dacă un observator extern a înțeles substanța culturii juridice străine observate: în prezentarea metodei sale, Lasser vorbește despre posibilitatea de a confrunta cu actorii profesioniști ai sistemului de drept observat măsura în care ceea ce comparatistul a înțeles din structurile discursiv-conceptuale ale acestuia corespunde percepției lor cu privire la ceea ce este sau ar trebui să fie.

Secțiunea a 6-a. Compararea în materie de Drept public

De la nașterea sa oficială, în cadrul primului Congres internațional de drept comparat de la Paris (1900), dreptul comparat modern a fost preocupat, în mod covârșitor, în ceea ce privește obiectul, scopurile și metodo-

logia sa, de dreptul privat. De-a lungul deceniilor, numărul monografiilor, al articolelor, al studiilor, al proiectelor ştiinţifice dedicate dreptului privat, în special dreptului civil, a fost considerabil mai mare decât cel dedicat comparării în materie de drept public. O bună parte a manualelor de introducere în studiul dreptului comparat mai poartă încă denumirea de Drept privat comparat. Nu în ultimul rând, în ciuda corecţiilor şi criticilor aduse, demersul de clasificare a sistemelor de drept naţionale în familii/culturi juridice se bazează tot pe elementele dreptului privat.

În ultimele decenii, însă, compararea având ca obiect ramuri ale dreptului public, mai ales constituţional şi administrativ, a dobândit o pondere tot mai mare în literatura dreptului comparat. Având în vedere noutatea demersului în materie, comparatiştii au resimţit nevoia unor clasificări de ordin teoretico-metodologic. Ca urmare, s-au ridicat probleme referitoare la obiect, finalitate şi, mai ales, cu privire la metodologie. Întrebarea centrală a acestui demers a fost: în materie de comparare a dreptului public, se aplică aceleaşi principii şi reguli metodologice ca şi în materia comparării dreptului privat? În cazul unui răspuns negativ, interogaţia a continuat: în ce anume constă specificitatea comparării în materie de drept public faţă de compararea în materie de drept privat?

În genere, se consideră că dreptul public comparat se distinge de dreptul privat comparat nu doar prin obiectul său general, *i.e.* drept public *versus* drept comparat, ci şi prin specificitatea acestui obiect. Astfel, dreptul public comparat se individualizează nu doar prin faptul că are ca obiect definirea şi controlul puterilor şi activităţilor guvernământului, ci şi prin faptul că acest obiect se află într-o relaţie aparte cu contextul instituţional în care este aşezat şi în raporturi particulare cu alte elemente din context, *i.e.* influenţa exercitată de legiuitorii supra-naţionali şi istoria (Bell, 2002: 236). O analiză comparativă contextualizată ar scoate, prin urmare, în evidenţă faptul că în dreptul public istoria are un impact mult mai mare asupra instituţiilor decât în dreptul privat (*idem*: 241; Ewald, 1994-1995: 1988; Jackson, 2013: 71). De asemenea, dacă în materie de drept privat există posibilitatea de a descoperi funcţii sociale generice îndeplinite de anumite instituţii, în dreptul public instituţiile sunt menite să răspundă unor funcţii naţionale sau regionale. Cea mai clară situaţie apare în materia expresionismului constituţional, bazat pe ideea construcţiei unei identităţi constituţionale naţionale (Jackson, 2013: 71). Ca urmare, abordări metodologice ca metoda funcţionalistă nu şi-ar avea locul sau ar avea prea puţină relevanţă în dreptul public, unde am putea vorbi mai curând despre o lipsă a similitudinii funcţiilor îndeplinite de diversele instituţii juridice (Konijnenbelt, 1994: 126). În orice caz, chiar utilizată, metoda funcţionalistă trebuie avută în vedere cu precauţie, la un anumit nivel de generalizare teoretică (Tushnet, 1998-1999: 1269), ori abordată

complex prin intermediul unui funcționalism contextualizat (Jackson, 2013: 72). Nici abordarea taxonomică, specifică macrocomparației, nu-și găsește locul aici: ideea de a identifica familii/mari sisteme de drept constituțional ori administrativ pare a fi puțin fezabilă, în condițiile diversității instituționale și a dependenței profunde de context (în special de cel istoric și politic).

Pentru a surprinde diversitatea ar trebui, prin urmare, să se privilegieze abordarea contextualizată, cu accent deosebit pe contextul politic și istoric. Perspectiva metodologică a postmodernismului juridic se potrivește, astfel, mult mai bine dreptului public comparat decât celui privat: în locul abordării microscopice, eurocentrice, bazate pe compararea normelor juridice și preocupate de dreptul privat, o abordare axată pe general, interdisciplinaritate, pluralism și bazată pe contextualizare este mult mai potrivită dreptului public comparat. Acest lucru nu înseamnă, în perspectiva unora (Harding, 2002, 253), necesitatea utilizării unei metode distincte. În viziunea altora (Leyland, 2002: 215 și urm.), o abordare metodologică aparte este necesară și poate fi propusă.

Aceasta din urmă poate fi evidențiată în contextul comparării sistemelor de drept constituțional ale statelor membre ale UE. Poziționarea metodologico-comparativă este aici delicată și, fără îndoială, complet diferită față de cea utilizată în compararea dreptului privat aparținând acelorași state membre. Spre deosebire de dreptul privat unde problema integrării prin armonizare sau chiar unificare a impus dezvoltarea unui demers comparativ care, bazat pe metoda miezului comun sau a celei mai bune soluții, „vânează" cu insistență similitudinile dintre sistemele de drept naționale, în materie de drept public/constituțional provocările sunt relativ diferite. Astfel, deși Tratatul de bază al UE pomenește de „tradiții constituționale comune" (art. 6), iar CEJ afirmă tradițiile, principiile și valorile constituționale comune ale statelor membre, istoria relațiilor dintre curțile constituționale naționale și CEJ a demonstrat că cerințele și limitele integrării europene în materie constituțională ridică cu totul alte probleme și provocări. Prin respingerea recunoașterii necondiționate a principiului priorității de aplicare a dreptului european față de cel național în materie de prevederi constituționale, statele membre și curțile lor constituționale au manifestat și manifestă o preocupare aparte pentru conservarea identității lor constituționale. Acceptând dorința statelor membre de a conserva o identitate constituțională proprie, Tratatul de la Lisabona (2007) a recunoscut în art. 4 alin. (2) „identitățile lor naționale, inerente structurilor lor fundamentale politice și constituționale".

Acest aspect impune reconsiderarea perspectivei metodologice în abordarea comparativă a dreptului constituțional la nivelul UE. Spre deosebire de dreptul privat, unde postularea similitudinilor dintre sistemele de drept naționale este esențială, la nivelul dreptului constituțional este nevoie

de o metodologie care să postuleze şi să valorizeze deopotrivă tradiţiile, principiile şi valorile comune, pe de o parte, şi tradiţiile, principiile şi valorile constituţionale naţionale, pe de altă parte. De aici, nevoia de a evita o metodologie comparativă bazată pe o abordare funcţionalistă care să postuleze similitudini, ci pe o metodologie care să favorizeze descoperirea şi înţelegerea mai deplină a similitudinilor şi diferenţelor în materie de drept constituţional. A fost propusă, prin urmare, o metodologie care să plece de la utilizarea unei abordări bazate pe o anumită problemă concretă, *e.g.* care anume principii stau la baza diviziunii competenţelor între centru şi entităţile federate sau devolute (i.e. entităţi administrativ-teritoriale ce se bucură de o largă autonomie politică şi administrativă)? (Claes & de Visser, 2012: 166). Răspunsul la această problemă nu este însă oferit pe baza unei *presumtio similitudinis*, aşa cum procedează metoda funcţionalistă clasică, şi nici pe baza descoperirii miezului comun/a celei mai bune soluţii. Dimpotrivă, amintita perspectivă este completată de o analiză a dreptului constituţional viu, real/în acţiune, cu concentrarea pe cazuistica diverselor curţi constituţionale. De asemenea, metodologia implică atât o contextualizare cultural-juridică (a dreptului din minte), precum şi o contextualizare metajuridică, prin aşezarea sistemelor constituţionale naţionale în context istoric, politic, cultural. Astfel, nu doar că se descoperă şi se înţeleg mai bine diferenţele structurale şi substanţiale între sistemele constituţionale naţionale analizate, dar se poate evalua şi măsura în care principii si valori considerate comune, *e.g.* statul de drept, democraţia ori separaţia puterilor în stat, sunt înţelese şi practicate în acelaşi mod în statele membre (*idem*: 166-167).

Secţiunea a 7-a. Limitele comparării în drept

În mod paradoxal, există astăzi un puternic curent care susţine că sistemele de drept/culturile juridice sunt mai mult sau mai puţin **dificil de comparat** ori chiar **incomparabile** din cauză că sunt limitat capabile ori chiar incapabile să comunice unele cu altele. Chiar şi V. Grosswald Curran, unul dintre cei mai optimişti comparatişti postmoderni, susţine că este imposibil ca un comparatist să obţină o deplină înţelegere dinăuntru a unei culturi juridice (Grosswald Curran, 1998:58). E indubitabil, scria Grossfeld la începutul anilor 1990, faptul că suntem marcaţi cultural într-o asemenea măsură încât contactul cu alte culturi juridice poate rămâne, adesea, fără niciun rezultat. „Cunoaşterea noastră este limitată, iar completa înţelegere a unei instituţii juridice străine este aproape imposibil de obţinut. Viziunea noastră este obturată cultural şi expertiza (funcţionării acelei instituţii, n.n.) adesea construită pe nisip" (Grossfeld, 1990: 38; Grossfeld, 2003: 183-184).

Cu toate acestea, în limitele unui „optimism răbdător", Grossfeld nu propovăduieşte renunţarea la demersul comparativ. Imersiunea în sistemele şi culturile juridice străine pe care o propune este un prilej de comunicare trans-culturală care, chiar imperfectă, este o încercare de a construi şi trece poduri între diversele culturi juridice (Grossfeld, 2003: 186).

În bună măsură, **P. Legrand** şi şcoala culturalistă care se adapă din ideile sale împărtăşesc aceleaşi principii ale criticii dreptului comparat clasic cu celelalte curente postmoderniste: dreptul nu se găseşte în normele juridice sau în legi, ci în context; dreptul este expresia unui complex context socio-istoric sau socio-cultural fără de care nu poate fi înţeles pe deplin; între drept şi limba care îl redă există o strânsă intercondiţionare de ordin socio-cultural; abordarea comparativă trebuie să fie pluridisciplinară, *e.g.* lingvistică, antropologică, psihologică; preocuparea pentru alteritate în dreptul comparat şi postularea diferenţelor şi a identităţii cultural-juridice aparţinând unei culturi juridice (Legrand, 1996: 240). Ceea ce iese în evidenţă însă la Legrand nu este neapărat relativismul cultural-juridic pe care îl propovăduieşte, ci modul în care îl administrează, cu consecinţe epistemologice remarcabile în metodologia dreptului comparat: deoarece dreptul este profund cufundat în determinările sale socio-culturale, el nu poate fi pe deplin şi corect înţeles de către un observator extern. Acest **relativism epistemologic extrem** conduce în mod necesar la relativizarea demersului comparativ. Deoarece contextele cultural-juridice sunt incomensurabile, compararea juridică este imposibilă sau, în orice caz, foarte greu de realizat. Orice demers comparativ, în esenţă, este o proiecţie a predeterminărilor culturale ale comparatistului asupra culturii juridice de comparat. Prin demersul său de arheologie/excavare culturală menit să surprindă urmele culturale invizibile ale dreptului vizibil/din text (Legrand, 2009: 232-235), comparatistul nu percepe realitatea culturii juridice străine, ci doar propria proiecţie subiectiv-relativă asupra ei (Legrand, 2003: 255; Peters & Schwenke, 2000: 820-821). Între realitatea juridică ce face obiectul comparării şi „textul"/„discursul" comparatistului nu există nicio relaţie directă: ceea ce comparatistul redă ca fiind analiza obiectivă a obiectului comparării nu reprezintă altceva decât modul în care „discursul comparatistului integrează «realitatea» dreptului (...) într-un discurs ce poartă o versiune a lumii situată în raport cu comparatistul şi necesar distinctă de lumea considerată în mod curent ca obiectivă" (Bercea, 2009: 61). Prin urmare, culturile (juridice) sunt entităţi ermetice, închise şi imuabile, fără posibilitate de interacţiune reală, iar alteritatea în drept rămâne un perpetuu mister nerezolvat. Nu întâmplător, cele mai dure atacuri critice ale lui Legrand se îndreaptă împotriva adepţilor transplantului juridic[1] şi a celor convinşi de

[1] A se vedea *infra*, Capitolul VIII, secţiunea a 3-a.

posibilitatea convergenței juridice europene[1]. Cel mai optimist demers al acestei perspective vizează necesitatea şi posibilitatea comparatistului de a postula **diferența**, în condițiile în care percepe sistemul de drept străin ca *altceva*, ca pură alteritate (Legrand, 2003: 288). Tot ceea ce trebuie să facă juristul comparatist este ca, în timp ce-şi conştientizează predeterminările şi condiționările culturale, să încerce să le țină sub control pentru a nu impieta sub nicio formă asupra alterității în drept (Legrand, 2009: 224). Având ca repere metodologice ideile de „recunoştință" şi „respect", orice demers comparativ trebuie, prin urmare, să evite reducționismul pe care sintezele realizate în mod tradițional de comparatişti l-au practicat din plin (*idem*: 241) şi, utilizând perspectiva dreptului înțeles prin prisma culturii, să încerce să „re-prezinte" cultura juridică străină cât mai aproape de realitatea pe care nu o va putea surprinde pe deplin niciodată (*idem*: 242). În mod paradoxal, atâta timp cât o metodologie este menită să deschidă noi orizonturi de cunoaştere şi să faciliteze cunoaşterea, ceea ce prezintă Legrand este mai curând o non-metodologie sau o anti-metodologie.

Perspectiva este dublată de un **relativism lingvistic** ce susține că între dreptul, cultura şi limba unei anumite societăți există legături intime, imposibil de surmontat. Datorită legăturii intime dintre contextul social, politic, istoric, economic, psihologic şi cultural al unei societăți date şi limba prin care aceasta se exprimă, este dificil pentru un observator extern să discearnă sensul conceptelor utilizate, chiar dacă, în mod paradoxal, ele sunt utilizate în aceeaşi limbă maternă cu a observatorului (Glanert, 2009: 287-289). Nu întâmplător se spune că Anglia şi Statele Unite au în comun sistemul *common law*, dar sunt despărțite de aceeaşi limbă. Această idee are directe şi grave consecințe asupra posibilității comunicării între comparatişti şi, implicit, asupra traducerii în drept. Cum primul lucru de care se loveşte juristul comparatist în studiul unei culturi juridice străine este limba/cuvintele/conceptele şi limbajul vehiculate de actorii acelei culturi juridice, a postula un relativism lingvistic agresiv presupune a ridica ziduri impenetrabile în fața comparatistului. Este cert, în acest context, că limbajul comparatistului, demersul de conceptualizare a experienței acumulate în explorarea alterității în drept, aşezarea în categorii cognitive proprii a cunoaşterii îl îndepărtează pe comparatist de obiectul comparării sale. Limbajul fiind determinat de datele culturale ale comparatistului, intervine un proces firesc de **distorsionare** a alterității în drept (Grosswald Curran, 1998: 48-49), de transmutare a semnificatului din cultura juridică străină prin intermediul semnificanților utilizați de comparatist (Grosswald Curran, 1998: 57; Glanert, 2009: 205-206). Acest aspect nu se întâmplă doar în comunicarea dintre culturi juridice diferite, ci chiar înăuntrul aceleiaşi culturi

[1] A se vedea *infra*, Capitolul IX, secțiunea a 2-a.

juridice ce utilizează aceeaşi limbă (Grosswald Curran, 1998: 55). Chiar şi comparatiştii ce vehiculează un optimism epistemologic sunt de acord că limba, ca standard cultural comun al unei anumite societăţi, poate reprezenta un impediment real pentru înţelegerea alterităţii în drept (Grossfel & Eberle, 2003: 305).

În aceste condiţii, **traducerea** limbii/limbajului juridic dintr-o cultură juridică în alta devine, dacă nu un demers imposibil, cel puţin unul extrem de dificil (Glenn, 2004: 47-48). Este, de exemplu, dificil a se traduce din limba engleză în alte limbi termeni ca: *proximate cause*, *probable cause*, *quasi-contract*, *privacy*, *estoppel* ori *felony-murder*, aşa cum este dificil a se înţelege concepte ca *reasonable* ori *fairplay* în afara contextului lor cultural (Fletcher, 1998: 697-699). Lucrurile sunt complicate de instabilitatea semantică a conceptelor juridice nu doar în procesul de traducere, dar chiar şi în interiorul aceleiaşi limbi. Astfel, se poate ca două sau mai multe coduri să poată folosi, în diverse ţări, acelaşi cuvânt cu diverse înţelesuri, dar e posibil şi ca două coduri din aceeaşi ţară să folosească acelaşi cuvânt cu sensuri diferite (Sacco, 1991: 12). Este nevoie, prin urmare, de o mare atenţie la corespondenţa sau necorespondenţa câmpurilor semantice şi trebuie făcute demersuri explicative pentru a se evita confuziile. Pentru adepţii relativismului lingvistic, însoţirea conceptelor dintr-o limbă străină sau a traducerii lor de largi note de subsol explicative nu rezolvă însă problema limitelor epistemologice ale traducerii juridice. Departe de a putea surprinde în complexitatea sa sfera semantică a conceptelor juridice străine, comparatistul ar trebui să-şi asume cel puţin sarcina de a realiza o „traducere etică" menită să încerce a surprinde semnificaţiile limbii juridice străine cât mai aproape de sensul lor originar (Glanert, 2009: 299-300). Pe cât este de complicată, pe atât de importantă este problema în dreptul comparat. Aşa cum remarca Grosswald Curran, „dreptul comparat este un act de traducere, de asemenea traducerea este un act de comparare" (Grosswald Curran, 2008: 681). Posibilitatea, intensitatea şi relevanţa epistemologică a comparării în drept depind, prin urmare, de măsura în care comparatistul consideră că poate, este pregătit să poată şi poate efectiv să administreze problema traducerii textelor juridice străine.

O variantă a relativismului epistemologic susţine că dreptul comparat nu este altceva decât un **proiect hegemonic**, un **demers politic invaziv, o politică a paternalismului** (Frankenberg, 1997: 260; 262), bazat pe o proiecţie ideologică a celor puternici, în special a europenilor sau a occidentalilor, asupra celor slabi, în scopuri de asimilare sau excludere. În acest caz, dreptul comparat este mai puţin o abordare ştiinţifică obiectivă, cât o proiecţie cultural-juridică direcţionată spre instaurarea unei dominaţii internaţionale. Pentru D. Kennedy, indiferent că sunt implicaţi în demersuri

tehnice de unificare a dreptului sau că sunt partizani ai diferenţierii culturale, comparatiştii susţin demersurile de **guvernanţă internaţională** „dezvoltând alternative pentru asimilare şi excludere pentru anumite culturi în timp ce solidifică tabloul ideologic al guvernanţei internaţionale «deasupra» diferenţelor culturale, fie absorbindu-le, fie evitându-le" (Kennedy, 1997: 620). **Etnocentrismul** este cel care, de regulă, alimentează o viziune asupra alterităţii în drept bazată pe balansul dintre superioritatea propriului sistem de drept al comparatistului şi inferioritatea celuilalt sistem juridic (Demleitner, 1999: 744).

Oricât am dori să nu exagerăm, problema rămâne totuşi complicată dacă avem în vedere nu doar limitele gnoseologice determinate de situaţia alterităţii în drept de a fi „altceva" decât este comparatistul, ci şi limitele inerente acestuia. Indiferent de capacitatea autocritică, indiferent de posibilitatea auto-cenzurii strategice, indiferent de determinările culturale inerente, gradul în care fiecare comparatist are capacitatea de a înţelege obiectul comparării juridice depinde de propria flexibilitate intelectuală, de competenţele reale în materie de drept comparat, de buna cunoaştere a limbilor străine, de forţa propriului intelect şi, nu în ultimul rând, de limitele epistemologice ale oricărei metodologii utilizate în compararea juridică (Örücü, 2004: 163). Acest aspect, deşi accentuează relativismul gnoseologic, este, până la urmă, normal: nu toţi comparatiştii sunt la fel de pregătiţi profesional, la fel de inteligenţi, la fel de aplecaţi spre interdisciplinaritate, la fel de experimentaţi, la fel de competenţi în materie lingvistică, la fel de deschişi către alteritate şi situaţi în acelaşi moment istoric. Pe de altă parte, trebuie amintit faptul că, chiar şi în rândul observatorilor interni ai unui anume sistem de drept, există diferenţe considerabile de percepţie şi interpretare. Toată critica postmodernă a metodologiei dreptului comparat clasic abundă, prin urmare, de diverse nuanţe şi grade de scepticism. Aşa cum remarcă M. Lasser,

> „comparatiştii (...) trebuie să fie profund sceptici cu privire la ideea că poate exista o metodologie comparativă sau o abordare teoretică ce ar putea fi aplicată în siguranţă în circumstanţe variabile istoric. Posibilităţile comparării sunt fără sfârşit, dar la fel sunt şi contextele în care demersul comparativ poate fi realizat. Ideea unei Teorii comparative *a priori* ce ar putea produce rezultate valide transcultural dispare în faţa tuturor neînţelegerilor pe care comparatistul le observă, produce, denigrează şi consumă în mod curent" (Lasser, 2003: 221).

Din acest punct de vedere, dreptul comparat critic, postmodern, pare a fi victima propriilor sale ambiţii de a deveni o disciplină/ştiinţă autonomă. Trecerea de la simpla juxtapunere a normelor, a instituţiilor şi a sistemelor de drept la analiza comparativă, în context cultural-juridic şi metajuridic,

a deschis un orizont pe cât de atrăgător gnoseologic, pe atât de complex şi dificil de acomodat în plan epistemologic. Abordarea contextualizată, în special cea a culturalismului relativist, se va lovi perpetuu de probleme de ordin epistemologic şi hermeneutic, ținând atât de limitele intrinseci ale comparatistului, cât şi de limitele metodologice specifice relativismului postmodernist însuşi (Young, 1997: 496-505), lăsând perpetuu deschisă problema posibilității şi a limitelor cunoaşterii în cadrul demersului comparativ juridic. Aşa cum precizează Grosswald Curran, „preocuparea pentru tradiția națională, cultură, obiceiuri şi diferență ar trebui să rămână un punct de plecare pentru comparatist, dar, ca un mandat absolut dincolo de dezbatere sau modificare, unul din costurile pe care le poate implica şi le-a implicate deja este moartea" (Grosswald Curran, 2003: 78). În aceste condiții, accentuarea programatică a diferențelor şi a particularităților sistemelor/culturilor juridice străine studiate, ca abordare metodologică menită să contracareze subiectivismul şi să sporească gradul de obiectivitate al comparatistului, rămâne la fel de disputată ca şi credința dreptului comparat clasic în obiectivitatea deplină a abordării comparativ-juridice axate pe prelevarea similitudinilor.

Dincolo de amintita perspectivă agnostică/sceptică, există, prin urmare, altele care chestionează oportunitatea şi relevanța contextualismului inter şi pluridisciplinar în metodologia dreptului comparat. Perspectiva metodologică amintită este acuzată că stabileşte standarde imposibil de atins şi de realizat de către specialiştii în drept comparat înşişi, fără a mai lua în calcul pe practicienii dreptului, *e.g* legiuitor, judecător (Palmer, 2005: 266). Pentru această perspectivă, calitatea dreptului comparat de a fi „exotic" nu se alătură ideilor de complexitate şi profunzime, ci ideii de a interzice. Palmer se întreabă în ce măsură perspectiva organică a lui P. Legrand ori imersiunea culturală a lui V. Grosswald Curran sunt realizabile în cercetarea comparativ-juridică (Palmer, 2005: 270-271). Parcursul spre un elitism excesiv ar putea însemna chiar sfârşitul dreptului comparat, în condițiile în care metodologia respectivă ar fi accesibilă unui număr tot mai mic de specialişti proveniți din mediul academic (Siems, 2007: 134-135). Aici ar trebui acceptat faptul că dreptul comparat este o îmbinare variabilă de scopuri, metode şi actori ai comparării şi că, dincolo de compararea profundă, contextualizată, accesibilă cercetătorilor şi profesorilor exotic-elitişti, există şi alte nivele şi moduri de a compara în drept, utilizate de legiuitor, instanțe şi alți practicieni ai dreptului.

Într-o perspectivă post-postmodernistă, relativismul epistemologic este respins prin argumente logice, iar optimismul epistemologic (moderat) este aşezat în locul agnosticismului. De altfel, însăşi V. Grosswald Curran recunoaşte că există o limită a demersului cognitiv în dreptul comparat pe care

comparatistul trebuie să o accepte şi s-o administreze (Grosswald Curran, 1998: 49). Respingând pesimismul epistemologic extrem, dar şi optimismul epistemologic extrem bazat pe credința în înțelegerea deplină a alterității în drept printr-o simplă juxtapunere de norme şi instituții juridice (van Hoecke, 2004: 172), comparatistul post-postmodernist trebuie să-şi evalueze corect posibilitățile şi limitele cercetării ştiințifice, să apeleze la permanenta critică ştiințifică prilejuită de munca în echipă, să tindă spre o cât mai deplină cunoaştere a celuilalt în drept, în baza unei abordări pluridisciplinare ce asumă convingerea că diversele culturi juridice nu sunt chiar atât de impermeabile pe cât susține culturalismul juridic reducționist (Peters & Schwenke, 2000: 830-834).

Pentru a încheia, prin urmare, într-un ton optimist şi echilibrat, trebuie să reținem că, în ciuda tendințelor fireşti spre subiectivism, relativism ori etnocentrism, comparatistul jurist are posibilitatea unei abordări autocritice care să-i permită un corect proces de distanțare culturală de sistemul/cultura juridic(ă) studiat(ă) şi un corect (etic) şi obiectiv demers de analiză bazat pe diferențierea între cultura juridică a comparatistului şi culturile juridice străine aflate sub observație. Chiar dacă, probabil, comparatistul, ca privitor din afară al sistemului de drept/culturii juridice străine, nu va avea niciodată şansa unei depline şi obiective pătrunderi şi înțelegeri a alterității în drept, experiența multor comparatişti a demonstrat că este posibilă o relativ profundă înțelegere a obiectului comparării juridice (Laaser, 2003: 199). Acelaşi optimism moderat de autocritică va putea conduce la înțelegerea nevoii de similitudine, la descoperirea similitudinilor la nivelul straturilor profunde ale culturii juridice străine studiate.

Recapitulând, pentru ca un comparatist să aibă posibilitatea să cunoască relativ profund un sistem/o cultură juridică străină (în cazul în care acesta este obiectul comparării), el trebuie să fie un foarte bun cunoscător al limbii respectivului sistem/culturi juridice, să nu pornească de la conştiența unei superiorități intrinseci a propriului sistem de drept național, să fie într-un contact cât mai strâns şi continuu cu actorii juridici implicați, să-şi asume sarcina unei abordări cât mai complexe care să meargă dincolo de simpla juxtapunere a textelor de lege, dar fără a scoate complet din ecuație normele juridice, să accepte necesitatea unei abordări interdisciplinare pe care o poate realiza cu ajutorul unei echipe pluridisciplinare de cercetători, să fie capabil să postuleze şi să accepte diferențierile între sistemele/culturile juridice studiate, fără a neglija importanța similitudinilor, şi să aibă, deasupra tuturor acestor aspecte, conştienta critică a propriei subiectivități şi limitări gnoseologice.

Secțiunea a 8-a. Concluzii

Perspectiva critică, postmodernă, asupra metodologiei dreptului comparat pare a fi delegitimat aproape total abordarea tradițională în materie de comparare juridică. Simpla descriere a sistemelor de drept străine, condamnată teoretic în dreptul comparat clasic, dar tolerată pe scară largă, precum şi simpla juxtapunere a textelor juridice sunt considerate de domeniul trecutului. De asemenea, metoda funcționalistă este şi ea pusă la zid, reproşându-i-se incapacitatea de a apela cu seriozitate la abordarea contextuală. Situația se datorează unei amplificări considerabile a dezbaterii teoretico-metodologice în ultimele două decenii, în contextul în care dreptul comparat urmăreşte să se legitimeze tot mai mult ca o ştiință autonomă. Ca urmare, accentul nu mai cade asupra unui drept comparat identificat cu metoda comparativă ce este pus, instrumentalist, la dispoziția unor finalități practice şi teoretice, ci, dimpotrivă, accentul cade asupra capacității dreptului comparat de a produce cunoaştere pură. În aceste condiții, critica dură a clasicei metode funcționaliste a devenit ritualul aparte de inițiere al tuturor celor care se alătură perspectivei postmoderne. Refugiat, prin urmare, într-o sferă proprie de cercetare, dreptul comparat şi-a redefinit metodologia, ceea ce l-a aruncat inevitabil în delicatul demers de evaluare a posibilităților şi a limitelor sale hermeneutice şi epistemologice. Transformat într-un demers academic complex, bazat pe interdisciplinaritate, dreptul comparat postmodern, axat pe postularea diferenței şi a pluralismului, s-a izolat, întrucâtva, de dreptul comparat clasic.

Prin aceasta s-a indus, din nefericire, o mai mare fragmentare în materie de teorie a dreptului comparat decât exista cu două decenii în urmă. Există, prin urmare, grupul dur al celor care se axează pe ideile de cunoaştere, înțelegere şi postulare a alterității în drept, dezinteresat de orice fel de finalitate practică a cercetării, şi grupul tradițional al celor care se folosesc de dreptul comparat ca un instrument mai puțin dedicat cunoaşterii pure, cât atingerii unor finalități simple în materie de legiferare, informare, unificare a dreptului, judecată, comerț internațional, conflict de norme juridice etc. (Basedow, 2014: 12). Exponenții radicali ai primului grup taxează şi cer eliminarea abordării bazate pe simplă descriere şi (rară) juxtapunere a textelor juridice străine; din partea celei de-a doua grupe vin acuze de elitism, filosofare şi nedreaptă excludere (Bogdan, 2004: 1235). Mulți jurişti comparatişti nu văd posibilitatea şi rostul de a se transforma în cercetători inter şi pluridisciplinari ai fenomenului juridic, în condițiile în care, în calitate de jurişti, obiectul lor de studiu este dreptul.

Adevărul cade, ca de obicei, undeva la mijloc. Este cert că abordarea clasică în materie de drept comparat nu poate fi eliminată. Chiar şi simpla metodă a descrierii normelor şi instituțiilor juridice străine îşi are rostul ei, în cadrul unei misiuni a comparării în drept ce are ca scop final informarea sau introducerea pedagogică în dreptul străin. Juxtapunerea diverselor sisteme de drept naționale, a normelor, a instituțiilor şi a conceptelor care aparțin acestora se încadrează în finalitățile intrinseci ale metodei comparative, vizând scoaterea în evidență a unor asemănări şi a unor deosebiri. În acelaşi timp, compararea juridică foloseşte unor demersuri practice şi trebuie pusă la îndemâna legiuitorilor, judecătorilor, practicienilor şi profesorilor de drept, fără a ridica probleme gnoseologice complexe. Dreptul comparat trebuie, în acest caz, instrumentalizat şi utilizat pur şi simplu ca o metodă pusă în slujba unor finalități concrete (Bogdan, 2004: 1235-1236). Într-adevăr, este nevoie să se accentueze uneori pe similitudini, alteori pe diferențe între sistemele de drept/culturile juridice avute în vedere. În acest context, metoda funcționalistă, cu toate limitele şi premisele ei contestabile, îşi poate dovedi pe deplin utilitatea. Există abordări unde similitudinea problemelor şi similitudinea rezultatelor soluțiilor juridice în diverse sisteme de drept sunt esențiale pentru succesul demersului comparativ. Prin urmare, dacă problema se pune aici în termeni de superficialitate, atunci trebuie acceptat că e nevoie de o anumită doză de „superficialitate" în cadrul dreptului comparat. Legiuitorul național şi internațional, instanțele naționale şi internaționale, marile firme internaționale de avocatură nu pot accepta argumentul conform căruia compararea este imposibilă sau foarte dificilă din cauza contextului social, cultural, economic şi politic complex în care dreptul se manifestă (Basedow, 2014: 34). Dacă abordarea complexă, contextualizată, profundă a dreptului comparat reprezintă o „muncă grea" care, aşa cum preciza P. Legrand, nu este pentru oricine, acest lucru nu înseamnă că alte tipuri şi nivele de comparare juridică trebuie condamnate şi eliminate. Putem să-i dăm aici dreptate lui Basedow care afirmă legitimitatea tuturor tendințelor şi a scopurilor investigării comparative, cu condiția să fie fiecare utilizată în contextul necesar (Basedow, 2014: 13; 15).

Pe de altă parte, dreptul comparat are dreptul la evoluție, chiar spre complexitate. Nevoia de desprindere de perspectiva instrumentalistă a dreptului comparat identificat cu metoda comparativă şi conturarea dreptului comparat ca ştiință juridică autonomă sunt la fel de legitime. Această tendință presupune, inevitabil, o creştere a gradului de complexitate a abordării şi o redefinire metodologică. Cunoaşterea şi înțelegerea în context a sistemelor de drept străine, explorarea dreptului în conexiunile lui culturale printr-o analiză pluridisciplinară, afirmarea alterității în drept prin postularea

diferențelor reprezintă, cu siguranță, o creştere considerabilă a complexității dreptului comparat. Dar această „apreciere profundă" a alterității în drept este singura cale de urmat, lipsită de superficialitate, spre o cunoaştere reală a sistemelor şi a culturilor juridice străine (Watt, 2013: 90). Este adevărat, în acelaşi timp, că perspectiva complexă, tocmai pentru că este complexă, este măcinată de neclarități şi extreme metodologice ce-şi aşteaptă limpezirea şi reconcilierea. Acest lucru nu înseamnă mai puțin că analiza profundă, contextualizată, interdisciplinară a dreptului străin trebuie să fie suspendată sau trasă pe linie moartă. Ea reprezintă o direcție de cercetare în dreptul comparat care trebuie explorată în continuare.

Prin urmare, fără a elimina dreptul comparat clasic din peisajul metodologic, trebuie apreciat că, cel puțin la nivelul abordării academice avansate, viitorul în materie de comparare juridică pare a aparține analizei contextualizate, diferențiate şi pluraliste a sistemelor şi a culturilor juridice contemporane. Acest aspect conferă cu adevărat individualitate dreptului comparat, în raport cu simpla metodă comparativă. În consecință, oricine îşi asumă sarcina de a deveni specialist în materie de drept comparat ar trebui să-şi manifeste încrederea în capacitatea acestuia de a se contura ca o ştiință juridică autonomă bazată pe reala (şi prudenta) cunoaştere a alterității în drept. Acest lucru nu înseamnă neapărat pierderea sau uitarea comparatistului în context. „Explicația şi medierea hermeneutică" (Legrand) între culturile juridice sunt necesare pentru a postula diversitatea în drept şi a-i oferi celuilalt şansa să se exprime. Dar nu trebuie uitat că celălalt-în-drept se exprimă şi prin intermediul normelor şi al instituțiilor juridice. Dacă acestea din urmă sunt un semnificant care are în spate un întreg univers semantic înrădăcinat în cultura unei societăți date, atunci compararea în drept trebuie să găsească acea cale de mijloc necesară pentru a reuni semnificatul cu semnificantul în drept.

Concluzionând, putem afirma că astăzi pluralismul metodologic nu trebuie să însemne eliminarea unui demers metodologic ca fiind, *ab initio*, prost sau irelevant, în favoarea unui anumit model considerat a fi cel mai relevant şi obligatoriu de urmat. Dreptul comparat recunoaşte astăzi multiple finalități teoretice şi practice şi ridică întrebări foarte diverse cu privire la problematica dreptului străin. Ca urmare, pluralism metodologic nu înseamnă doar respingerea unei metode unice, universale, în dreptul comparat, ci şi a accepta că pentru fiecare nivel de comparare şi pentru fiecare finalitate asumată există demersuri metodologice distincte, mai mult sau mai puțin sofisticate. Astfel, când criticăm faptul că, la nivelul cercetării academice, doctrinarii se încăpățânează să realizeze un demers comparativ aproape exclusiv bazat pe descriere şi (uneori) pe juxtapunere de norme juridice

străine, nu înseamnă că blamăm în sine acest tip de abordare. El îşi are rostul, până la o limită, la un anume nivel de cercetare ştiinţifică. Problema e că, la nivelul cercetării academice, se ridică astăzi provocări metodologie mult mai complexe pe care, cel cu adevărat pasionat de producerea de cunoaştere prin comparare juridică, nu ar trebui să le ocolească. Tot ceea ce trebuie să facă juristul comparatist, este să-şi justifice conştient şi coerent alegerea metodologică făcută, pentru ca astfel să se poate analiza corect rezultatele muncii sale comparative.

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Bibliografie

Adams, Maurice, Bomhoff, Jacco, *Comparing Law: Practice and Theory,* în M. Adams and J. Bomhoff (ed.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 1-21;

Ainsworth, Janet E., *Categories and Culture: on the "Rectification of Names" in Comparative Law*, în Cornell Law Review, vol. 82/1996-1997, pp. 19-42;

Ancel, Marc, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971;

Ancel, Marc, *Le problème de comparabilité et la méthode fonctionnelle en droit comparé*, în Festschrift für Imre Zajtay, Tubingen, 1982, pp. 1-6;

Basedow, Jurgen, *Comparative Law and its Clients*, Max Planck Private Law Research paper no. 14/2, 2014, pp. 1-34, accesibil la SSRN: http://ssrn.com/abstract=2391171;

Banakar, Reza, *Review essay. Power, culture and method in comparative law*, în International Journal of Law in Context, vol. 5/2009, pp. 69-85;

Bell, John, *Comparing Public Law,* în A. Harding and E. Örücü (ed.), Comparative Law in the 21st Century, Kluwer Academic Publishers, London/The Hague/New York, 2002, pp. 235-247;

Bercea, Raluca, *Toute comparaison des droits est une fiction*, în P. Legrand (sous la direction de), Comparer les droits, résolument, PUF, Paris, 2009, pp. 41-68;

Bogdan, Michael, *Comparative Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Tano, 1994;

Bogdan, Michael, *On the Value and Method of Rule-Comparison in Comparative Law*, în H.P. Mansel et al. (ed.), Festchrift fur Eric Jayme, Sellier, Munich, 2004, pp. 1233-1242;

Brand, Olivier, *Conceptual comparisons: towards a coherent methodology of comparative legal studies*, în Brooklyn Journal of International Law, vol. 32/2007, pp. 405-466;

Cappelletti, Mauro; *Comparative law teaching and scholarship: method and objectives,* în Scritti in onore di Rodolfo Sacco, Dott. A. Giuffre Editore, Milano, 1994, pp. 175-187;

Claes, Monica and de Visser, Maartje, *Reflection on comparative method in European constitutional Law,* în M. Adams and J. Bomhoff, Practice and Theory in Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 143-169;

Clark, David S., *Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today,* în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 871-912;

Constantinesco, Leontin-Jean, *Tratat de drept comparat. Vol. II: Metoda comparativă*, Ed. All, Bucureşti, 1997;

Dannemann, Gerhard, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, în M. Reimann and M. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 383-420;

David, René, Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 2002;

Demleitner, Nora V., *Combating Legal Ethnocentrism: Comparative Law Sets Boundaries*, în Arizona State Law Journal, vol. 31/1999, pp. 737-762;

Eberle, Edward J., *The Method And Role Of Comparative Law*, în Washington University Global Studies Law Review, vol. 8/2009, pp. 451-486;

Ewald, William, *Comparative Jurisprudence (I): What was it to Try a Rat?*, în University of Pennsylvania Law Review, vol. 143/1994-1995, pp. 1889-2149;

Ewald, William, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to "Rats"*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 46/1998, pp. 701-707;

Finnegan, David Louis, *Applied Comparative Law and Judicial Reform*, în Thomas M. Cooley Journal of Practical and Clinical Law, vol. 8/2005-2006, pp. 97-132;

Finnis, John, *On the Incoherence of Legal Positivism*, în Notre Dame Law Review, vol. 75/1999-2000, pp. 1597-1611;

Fletcher, George P., *Comparative Law as a Subversive Discipline*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 46/1998, pp. 683-700;

Frankenberg, Gunter, *Critical Comparison: Re-thinking Comparative Law*, în Harvard International Law Journal, vol. 26/1985, pp. 411-455;

Frankenberg, Gunter, *Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law*, în Utah Law Review, no.2/1997, pp. 259-274;

Frankenberg, Gunter, *Comparing Constitutions: Ideas, ideals, and ideology – toward a layered narrative*, în International Constitutional Law, vol. 4/2006, pp. 439-459;

Glanert, Simone, *Comparaison et traductions des droits: de l'impossible tous sont tenus*, în P. Legrand (sous la direction de), Comparer les droits, résolument, PUF, Paris, 2009, pp. 279-311;

Glanert, Simone, *Method?*, în P.G. Monateri (ed.), Methods of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2013, pp. 61-81;

Glenn, H. Patrick, *Legal traditions of the World*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2004;

Graziadei, Michele, *The functionalist heritage*, în P. Legrand and R. Munday (ed.), Comparative legal studies: traditions and transitions, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 100-127;

Grossfeld, Bernhard, *The strength and weakness of Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990;

Grossfeld, Bernhard, Eberle, Edward J., *Patterns of Order in Comparative Law: Discovering and Decoding Invisible Powers*, în Texas International Law Journal, vol. 38/2003, pp. 291-316;

Grossfeld, Bernhard, *Comparatists and Languages*, în P. Legrand and R. Munday (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 154-194;

Grosswald Curran, Vivian, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 46/1998, pp. 43-92;

Grosswald Curran, Vivian, *On the Shoulders of Schlesinger: The Trento Common Core of European Private Law Project*, în European Review of Private Law, vol. 1/2003, pp. 66-80;

Harding Andrew, *Comparative Public Law: some Lessons from South East Asia*, în A. Harding and E. Örücü (ed.), Comparative Law in the 21st Century, Kluwer Academic Publishers, London/The Hague/New York, 2002, pp. 249-266;

Harding, Andrew and Leyland, Peter, *Comparative Law in Constitutional Contexts*, în E. Örücü and D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 313-338;

Hendry, Jenifer, *Comparative Law and the (im)possibility of Legal Translation*, 2013, disponibil la SSRN: http://ssrn.com/abstract=2256888, pp. 1-16;

Hill, Jonathan, *Comparative Law, Law reform and Legal Theory*, în Oxford Journal of Legal Studies, vol. 9/1989, pp. 101-115;

Husa, Jaakko, *Methodology of Comparative Law Today: from Paradoxes to Flexibility*, în Revue internationale de droit comparé, nr. 4/2006, pp. 1095-1117;

Husa, Jaakko, *About the Methodology of Comparative Law – Some Comments Concerning the Wonderland*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2007/5, Maastricht 2007, pp. 1-20;

Jackson, Vicki C., *Comparative Constitutional Law, Methodologies*, în M. Rosenfeld and A. Sajo (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 54-74;

Jaluzot, Beatrice, *Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective*, în Revue internationale de droit comparé, vol. 57/2005, pp. 29-48;

Jansen, Nils, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, în M. Reimann and M. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 305-338;

Kamba, Walter J., *Comparative law: a theoretical framework,* în International and Comparative Law Quarterly, vol. 23/1974, pp. 485-519;

Kennedy, David, *New Approaches to Comparative law: Comparativism and International Governance*, în Utah Law Review, vol. 2/1997, pp. 545-637;

Knapp, Victor, *Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé,* în M. Rotondi, Buts et méthodes du droit comparé, Cedam, Padova, 1973, pp. 425-441;

Konijnenbelt, Willem, *Discours de la Méthode en Droit Public Comparé*, în Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1994, p. 121-129;

Langrod, Georges, *Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique,* în Revue international de droit comparé, Nr. 2/1957, pp. 353-369;

Lasser, Mitchel de S.-O.-L'E., *The Question of Understanding,* în P. Legrand and R. Munday (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 197-239;

Legrand, Pierre, *How to compare now*, în Legal Studies, vol. 16/1996, pp. 232-242;

Legrand, Pierre, *The Impossibility of "Legal Transplants"*, în Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 4/1997, pp. 111-124;

Legrand, Pierre, *The same and the different*, în P. Legrand and R. Munday (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 240-311;

Legrand, Pierre, *La comparaison des droits expliquée à mes étudiants*, în P. Legrand (sous la direction de), Comparer les droits, résolument, PUF, Paris, 2009, pp. 209-244;

Lemmens, Koen, *Comparative law as an act of modesty: a pragmatic and realistic approach to comparative legal scholarship*, în M. Adams and J. Bomhoff, Practice and Theory in Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 302-325;

Leyland, Peter, *Oppositions and Fragmentations: in Search of a Formula for Comparative Analyses?,* în A. Harding and E. Örücü (ed.), Comparative Law in the 21st Century, Kluwer Academic Publishers, London/The Hague/New York, 2002, pp. 211-232;

Mattei, Ugo, *Comparative Law and Critical Legal Studies*, în M. Reimann and M. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 815-836;

Markesinis, Basil, *Unité ou divergence: à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporaine*, în Revue internationale de droit comparé, nr. 4/2001, pp. 807-830;

Michaels, Ralf, *The Functional Method of Comparative Law*, în M. Reimann and M. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 339-382;

Mitchievici, Angelo, *Uşurătatea românească a ființei. Reflexe şi reflecții mentalitare*, în T(z)ara noastră. Stereotipuri şi prejudecăți, Institutul cultural român, Bucureşti, 2006;

Monateri, Pier Giuseppe, *Methods in Compartive Law: an Intellectual Overview,* în P.G. Monateri (ed.), Methods of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northhampton, 2013, pp. 7-24;

Moreteau, Olivier, *Premiers pas dans la comparaison des droits*, în J.-C. Gémar et N. Kasirer (ed.), Jurilinguistique: entre langues et droits; Jurilinguistics: Between Law and Language, Bruylant (Bruxelles) and Thémis (Montréal), 2005, pp. 407-430;

Nelken, David, *Comparative Law and Comparative Legal Studies*, în E. Örücü and D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 3-42;

Niglia, Leone, *Taking Comparative Law Seriously – Europe's Private Law and the Poverty of the Orthodoxy*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 54/2006, pp. 401-427;

Örücü, Esin, *The Enigma of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004;

Örücü, Esin, *Methodological Aspects of Comparative Law*, în European Journal of Law Reform, vol. 8/2006, pp. 29-42;

Örücü, Esin, *A Project: Comparative Law in Action,* în E. Örücü and D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 435-449;

Oteteleşanu, Alexandru, *Actuala concepție asupra ştiinței dreptului comparat*, Bucureşti, 1938;

Palmer, Vernon Valentine, *From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 53/2005, pp. 261-290;

Peters, Anne and Schwenke, Heiner, *Comparative Law Beyond Post-Modernism*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 49/2000, pp. 800-834;

Ponthoreau, Marie-Claire, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, în Revue internationale de droit comparé, nr. 1/2005, pp. 7-27;

Reimann, Mathias, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 50/2002, pp. 671-700;

Reitz, John C., *How to do Comparative Law*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 46/1998, pp. 617-636;

Rheinstein, Max, *Legal System: Comparative law and Legal system*, în Encyclopedia of the social science nr. IX/1968, McMillan Company, New York, 1968, pp. 204-210;

Sacco, Rodolfo (a), *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment I of II)*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 39/1991, pp. 1-34;

Sacco, Rodolfo (b), *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment II of II)*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 39/1991, pp. 343-401;

Sacco, Rodolfo, *One Hundred Years of Comparative Law*, în Tulane Law Review, vol. 75/2000-2001, pp. 1159-1176;

Samuel, Geoffrey, *Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences*, în M. van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 35-77;

Samuel, Geoffrey, *Taking Methods Seriously (Part Two)*, în Journal of Comparative Law, vol. 2/2007, pp. 210-237;

Samuel, Geoffrey (a), *Dépasser le fonctionnalisme*, în P. Legrand (sous la direction de), Comparer les droits, résolument, PUF, Paris, 2009, pp. 405-430;

Samuel, Geoffrey (b), *Form, Structure and Content in Comparative Law: Assessing the Links*, în E. Cashin Ritaine (ed.), Legal Engineering and Comparative Law, Tome 2, Schulthess, Zurich, 2009, pp. 27-50;

Siems, Mathias M., *The End of Comparative Law*, în The Journal of Comparative Law, vol. 2/2007, pp. 133-150;

Smits, Jan M., *Rethinking Methods in European Private Law*, în M. Adams and J. Bomhoff, Practice and Theory in Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 170-185;

Stone, Ferdinand F., *The end to be served by comparative law*, în Tulane Law Review, XXV/1950-1951, p. 325-335;

Tushnet, Mark, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, în Yale Law Journal, vol. 108/1998-1999, pp. 1225-1309;

Tushnet, Mark, *Some Skepticism about Normative Constitutional Advice*, în William and Mary Law Review, vol. 49/2007-2008, pp. 1473-1796;

Valcke, Catherine, *"Droit": réflexion sur une définition aux fins de comparaison*, în P. Legrand (sous la direction de), Comparer les droits, résolument, PUF, Paris, 2009, pp. 99-121;

van Hoecke, Mark and Warrington, Mark, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 47/1998, pp. 495-536;

van Hoecke, Mark, *Deep Level Comparative Law,* în M. van Hoecke, Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 165-195;

Watt, Gary, *Comparison as deep appreciation*, în P.G. Monateri (ed.), Methods of Comparative Law, Eduard Elgar Publishing, Cheltenham/ Northampton, 2013, pp. 82-103;

Whitman, James Q., *The neo-Romantic Turn*, în P. Legrand and R. Munday (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 312-344;

Whytock, Christopher A., *Legal Origins, Functionalism and the Future of Comparative Law*, în Brigham Young University Law Review, 2009, pp. 1879-1905;

Zweigert, Konrad, *Des solutions identiques par des voies différentes,* în Revue international de droit comparé, nr. 1/1966, pp. 5-18.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITARA

Capitolul VIII. Dreptul comparat și transplantul juridic[1]

Secțiunea 1. Drept comparat și transplant juridic

Teoria contemporană a transplantului juridic s-a născut ca o reacție împotriva teoriei clasice a dreptului comparat. Dreptul comparat „tradițional" sau „clasic" abordează dreptul, în principal, în dimensiunea sa statică. Dreptul ce face obiectul demersului comparativ în această viziune este deja edictat, așezat, descoperit, aplicat. Există însă și o dimensiune dinamică a dreptului ce are la bază constatarea simplă că dreptul se schimbă în permanență, cunoaște mutații diverse. Una din aceste mutații se exprimă prin fenomenul complex al circulației modelelor juridice în lume. Această dinamică specifică a dreptului a fost lansată spre dezbatere și în cadrul dreptului comparat, plecându-se de la sintagma generică de „transplant juridic". Ideea fundamentală care stă la baza acestei viziuni este faptul că esența schimbării/reformei dreptului constă în împrumut, transpunere și influență reciprocă (Örücü, 2004: 93) între sistemele de drept.

Demers metodologic cunoscut în literatura de specialitate și sub denumirea de „Drept comparat și istoria dreptului"/"*Comparative Law and Legal History*" (Örücü, 2002a: 2-3), analiza transplantului juridic a câștigat tot mai mult teren odată cu impactul pe care lucrările profesorului american (de origine scoțiană) A. Watson l-au avut în rândul comparatiștilor. Întregul demers teoretic al lui Watson se bazează pe ideea că dezvoltarea dreptului se explică, în principal, prin transplantul normelor juridice. În baza a numeroase studii de caz cu privire la evoluția istorică a unor sisteme de drept, în special a celor aflate în contact cu dreptul roman (Watson, 1991), autorul scoate în evidență inutilitatea și inadecvarea abordării academice a unui drept comparat care să aibă drept obiect studiul dreptului străin, gruparea sistemelor de drept contemporane sau chiar compararea propriu zisă, *i.e* scoaterea în evidență a unor asemănări și deosebiri între norme juridice, instituții juridice sau ramuri de drept aparținând la două sau mai multe sisteme de drept (Watson, 1993: 4-6). Adevărata cauză și adevăratul înțeles al asemănărilor și al deosebirilor pot fi corect conturate doar în cadrul unui

[1] Acest capitol are la bază Capitolul II al lucrării noastre *Transplant constituțional și constituționalism în România modernă 1802-1866*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 11-51.

drept comparat care are drept obiect analiza relațiilor istorice dintre sistemele de drept. Această abordare are menirea de a scoate în evidență faptul că dezvoltarea dreptului a avut și are loc, în cea mai mare parte a cazurilor, prin intermediul transplantului juridic (Watson, 1993: 7-9). În acest sens,

> „ca subiect de studiu practic, Dreptul comparat este studiul împrumuturilor sau transplanturilor legale care pot și trebuie să fie făcute; ca disciplină academică, Dreptul comparat (...) reprezintă investigarea transplanturilor juridice care au avut loc: cum, când, de ce și din care sistem de drept ele au fost făcute; circumstanțele în care ele au avut succes sau au eșuat; și impactul lor asupra noului lor context" (Schlesinger, Baade, Herzog, Wise, 1998: 309; Watson, 1978: 316-318).

Punând, inevitabil, prin această viziune, dreptul în relație cu societatea, Watson respinge validitatea universală a teoriei dreptului ca oglindă a societății. Oscilând între ceea ce W. Ewald numea „teza puternică a izolării" (dreptului de societate) și „teza slabă a izolării" (Ewald, 1995: 500-501), Watson consideră că dezvoltarea dreptului poate fi explicată „fără a face referire la factorii sociali, politici și economici":

> "Normele juridice, odată create, trăiesc mai departe. Ele sunt adesea străine de experiența și înțelegerea ne-juriștilor și sunt ținute în viață de factori ca absența unui mecanism efectiv al schimbării juridice, indiferența, fascinația juridică pentru tehnicitate și interesul propriu al juriștilor" (Watson, 1978: 315; Watson, 2000: 147 și urm.).

Este evident că, prin abordarea sa metodologică bazată pe o analiză cazuistică, Watson nu dorește sau, cel puțin, nu poate să construiască o teorie generală a dreptului în raport cu societatea (Ewald, 1995: 506 și urm.). El dorește doar să demonstreze, cu argumente istorice, că, adesea/uneori, dreptul se dezvoltă independent de societate. Demersul său „distructiv" frustrează însă de dimensiunea generalității atât teoria „dreptului oglindă a societății", cât și propria viziune. Se poate constata, totuși, o tendință a lui Watson de a accentua perspectiva „puternică" a viziunii sale, ceea ce amplifică tendința de a o transforma într-o teorie generală a raportului între drept și societate (*idem*: 503-504). Relativitatea acesteia este scoasă în evidență, pe de altă parte, și de faptul că exemplele utilizate de autor acoperă doar dimensiunea dreptului privat și se referă doar la dreptul occidental. Se poate spune, în concluzie, că Watson consideră că dreptul evoluează adesea independent de societate, prin intermediul transplantului juridic, iar, uneori, în strânsă legătură cu societatea, iar complexitatea dezvoltării dreptului trebuie evaluată de la caz la caz (*idem*: 504). Acest

tip de concluzie permite, fără drept de apel, sociologilor dreptului şi comparatiştilor să atragă atenţia asupra ambiguităţii abordării lui Watson (Cotterrell, 2001: 78).

Critica teoriei lui Watson a condus pe unii comparatişti la o distanţare strategică faţă de aceasta, dar fără a respinge tematica în sine. Transplantul juridic nu reprezintă un fenomen pur istoric, dimpotrivă dezvoltarea dreptului prin intermediul apelului la modele juridice străine se bucură astăzi, într-o lume globalizată, de o actualitate remarcabilă. Ca urmare, fără a exclude perspectiva istorică din analiza problematicii transplantului juridic (R. Sacco chiar o consideră centrală pentru o ştiinţă pură a dreptului comparat), schimbarea juridică prin apelul la modele străine a devenit un obiect central de studiu al dreptului comparat contemporan. Interesul crescând pentru temă a condus la un demers constant de problematizare şi teoretizare în interiorul dreptului comparat, transformându-se, în final, într-o perspectivă distinctă. E. Örücü vorbeşte chiar despre necesitatea de a contura un drept comparat critic (*Critical Comparativ Law*) menit, printre altele, să analizeze mecanismele transplantului juridic în societăţile aflate în tranziţie. Interacţiunea cu alte perspective şi direcţii specifice comparării juridice postmoderne nu a întârziat să apară, problema punându-se în termeni diverşi: perspectiva culturii juridice a complicat analiza prin scoaterea în evidenţă a prezenţei şi a efectelor conţinutului cultural pe care normele şi instituţiile juridice importate îl transportă dintr-o societate în alta; tot ea a scos în evidenţă dificultatea transpunerii juridice şi chiar, în cazuri extreme, imposibilitatea transplantului juridic; perspectiva dreptului în acţiune a scos în evidenţă rolul distinct al diverşilor actori ai dreptului în cadrul importului juridic şi relevanţa acestuia din urmă ca formant juridic; perspectiva economică asupra dreptului comparat a scos în evidenţă rolul transplantului juridic în procesul de selectare a celor mai eficiente soluţii juridice, iar perspectiva studiului critic al dreptului a relevat măsura în care transplantul juridic (constituţional) poate deveni un instrument de guvernanţă globală şi o manifestare de imperialism juridic. Nu în cele din urmă, problematica transplantului juridic este deosebit de actuală în contextul convergenţei juridice europene, în condiţiile în care preluarea şi aplicarea dreptului european în sistemele de drept ale statelor membre ale UE nu sunt altceva decât un masiv transplant juridic.

Pentru a scoate în evidenţă complexitatea problematicii transplantului juridic, vom aborda în continuare o serie de aspecte esenţiale pentru înţelegerea corectă a tematicii: dificultatea conceptualizării fenomenului transplantului juridic şi necesitatea utilizării de metafore; critica dură a culturalismului juridic, ce susţine cu fermitate imposibilitatea transplantului juridic; prezentarea complexă a fenomenologiei transplantului juridic cu

tot ceea ce implică aceasta sub aspect conceptual şi metodologic. Nu în ultimul rând, vom scoate în evidenţă actualitatea şi relevanţa utilizării teoriei româneşti a formelor fără fond, ca o epistemologie românească a transplantului juridic, în contextul actual al integrării juridice europene.

Secţiunea a 2-a. Transplantul juridic ca metaforă

Trimiterea insistentă la cazuistică a determinat comunitatea comparatiştilor să conştientizeze cât de dificilă e sarcina de a surprinde teoretic, conceptual, fenomenologia foarte diversă a transplantului juridic. Sintagma „transplant juridic" a fost utilizată ca punct de plecare în dezvoltarea unei adevărate mase conceptuale cu privire la ceea ce înseamnă mutarea dreptului dintr-o societatea în alta. Dificultatea conceptualizării a determinat recursul la metafore, în încercarea de a surprinde cât mai bogat şi mai sugestiv diversele aspecte survenite în practică. S-au utilizat, prin urmare, metafore tehnico-mecanice, *e.g. copiere, relocare, penetrare, impact, scurgere, electrocutare, inginerie*; metafore economico-juridice, *e.g. circulaţie, transfer, difuzare, import, export, împrumut, furt, IKEA*; metafore discursive, *e.g. traducere*; metafore organice care fac trimitere fie la medicină, *e.g. transplant, virusare, contaminare,* fie la botanică/horticultură, *e.g. dezrădăcinare, plantare, însămânţare, cultivare, fertilizare, polenizare, infuzare* etc. (Nolan Jr., 2009: 27); metafore muzicale, *e.g. transpunere.* Nu în cele din urmă, pot fi utilizate metafore ce fac trimitere la atitudini psihosomatice, *e.g. iritare, implorare, mimare, maimuţăreală.* Am putea chiar aminti metafore care fac trimitere la modă/îmbrăcăminte, *e.g. probare* sau celebra metaforă a *„hainelor prea largi"* utilizată la adresa Constituţiei de la 1866. De asemenea, luând în considerare bipolaritatea transplantului juridic, ce presupune, pe de o parte, un model juridic de unde provin ideile/conceptele/normele/instituţiile juridice şi, de cealaltă parte, un receptor sau primitor al acestora, s-a propus o grupare a metaforelor în jurul celor doi poli, *e.g.* pentru sursa originară se pot folosi metafore ca *export, transfer, răspândire, transmigrare, difuzare,* iar pentru receptor se pot folosi metafore ca *receptare, import, transpunere* (Twining, 2004: 5). Nu de puţine ori, metaforele au fost utilizate cu pretenţii de exhaustivitate şi universalitate, *e.g. transplant* (Watson), *împrumut* (Choudhry), *difuzare* (Twining), fapt care a ridicat însă semne de întrebare cu privire la oportunitatea şi soliditatea ştiinţifică a unui asemenea demers.

Având în vedere diversitatea foarte mare a cazurilor şi limitele semantice ale metaforelor, ar fi totuşi util ca un cercetător să evite utilizarea unei singure metafore pentru a surprinde întreaga fenomenologie a transplantului juridic. Aşa cum s-a sugerat, metaforele pot fi înşelătoare, în condiţiile în care, neputând realiza o echivalenţă deplină între concept şi realitate, pot

trimite cititorul într-o direcție greşită (Nelken, 2001: 16). Pe lângă neclaritatea semantică, metaforele se găsesc adesea în imposibilitatea de a cuprinde corect un complex de fenomene, prin urmare, utilizarea lor trebuie făcută cu atenție şi cu conştiența limitelor existente. Tocmai de aceea, probabil, un comparatist ar trebui să utilizeze o gamă largă de metafore pentru a surprinde o gamă largă de fenomene. Acelaşi lucru îl vom face şi noi în lucrarea de față, cu precizarea că vom utiliza sintagmele transplant juridic şi import juridic, în mod echivalent, pentru a face referire la procesul general de mutare a dreptului dintr-o societate în alta.

Secțiunea a 3-a. E posibil să importăm? Posibilitatea transplantului juridic

Unul dintre cei mai cunoscuți juriști culturaliști de astăzi, **P. Legrand**, afirmă cu tărie faptul că nu se poate accepta aşa-numitul transplant juridic din cauza granițelor culturale în care dreptul se dezvoltă. O instituție juridică, specifică unui anume sistem de drept, nu poate fi „mutată" într-un sistem de drept diferit din cauza semnificațiilor culturale inerente pe care le conține (Legrand, 1997: 115-116). Odată ce este transplantată, ea devine o instituție juridică diferită, datorită faptului că primeşte un înțeles cultural diferit (*idem*: 117-118). Actorii dreptului, cei care creează, interpretează şi aplică dreptul, sunt ei înşişi determinați cultural, astfel că nu s-ar putea raporta la un drept importat decât în baza datelor epistemologice cu care sunt informați (*idem*: 114-115). Prinşi în această țesătură a „intangibilelor", *i.e.* natura raționamentului juridic, semnificația sistematizării dreptului, caracterul normelor juridice, rolul faptelor, înțelesul drepturilor, „prezența trecutului" (Legrand, 1996: 64 şi urm.), actorilor dreptului li se refuză (de către Legrand) posibilitatea de a-şi schimba coordonatele epistemologice (Legrand, 1996: 79; Legrand, 1998: 216 şi urm.). Orice problemă juridică li s-ar oferi spre dezbatere, orice instituție sau normă juridică ar trebui să analizeze sau aplice, ei vor gândi, scrie şi dobândi cunoaştere din perspectiva propriei culturi juridice (Legrand, 1995: 68-69). În acest context, dreptul comparat nu ar trebui să se ocupe cu mobilitatea dreptului şi transplantul juridic, ci să se concentreze asupra specificității culturale şi diferențelor între sistemele de drept (Legrand, 1997: 123-124). În consecință, dreptul comparat nu poate fi niciodată un instrument de integrare juridică (Legrand, 1995: 75-78).

O astfel de abordare zdruncină din temelii orice fel de proces de reformă juridică ce ar dori să se bazeze pe mecanismele transplantului juridic. Fundamentat pe transplantul mai mult sau mai puțin masiv al instituțiilor, al

normelor, al procedurilor juridice dintr-un sistem juridic în altul, demersul reformator devine iluzoriu dacă se acceptă că sistemul juridic importator şi cel exportator, înlănţuite de propriile lor latitudini epistemologice, nu pot comunica deplin. Mai mult, aceeaşi logică arată că nici chiar culturile juridice naţionale ce se încadrează într-una şi aceeaşi tradiţie juridică nu au vreo şansă să comunice realmente între ele la nivelul transplantului juridic. Din această perspectivă, orice demers de transplant juridic se conturează ca o construcţie tehnico-formală, pur normativă (Legrand, 1995: 67-68), susţinută politic de naţiuni care n-au nicio şansă reală să se înţeleagă în plan cultural-juridic. Iar dreptul comparat se dovedeşte a fi un fals creator de consens (Legrand, 1997: 122-123), ce ignoră valenţele realiste ale comparării juridice percepută ca perpetuă postulare şi înţelegere a barierelor culturale şi a alterităţii în drept (Legrand, 1995: 76-78). A marşa, în acest context, pe ideea unităţii juridice obţinute prin transplant juridic înseamnă a privilegia injust o unitate construită raţional, dar complet artificial, în defavoarea unităţii care leagă implicit, organic, dreptul de un anume tip de cultură.

Această viziune asupra culturii (juridice) a fost acuzată de reducţionism, de monism, de postulare rigidă a alterităţii şi a incomensurabilităţii, de potenţare a epistemologiei conflictului (Glenn, 2001: 137-138; Glenn, 2004: 14 şi urm.), de relativism contextual şi de solipsism (Peters & Schwenke, 2000: 813 şi urm.). Dacă, împotriva celor afirmate de Legrand, ideea de comensurabilitate şi comparabilitate a culturilor juridice este acceptată (Glenn, 2001: 140 şi urm.), mai ales în virtutea evidenţei experienţelor de comunicare interculturală, atunci transplantul juridic este totuşi posibil, iar mecanismele sale pot fi exploatate în plan cultural. Sociologii dreptului au scos cel mai bine în evidenţă faptul că dreptul trebuie să fie înţeles în context sociocultural, fără a absolutiza totuşi ideea că dreptul este o oglindă fidelă a societăţii (Nelken, 2004: 4). Având în vedere amploarea reformelor juridice prin intermediul importului juridic, „ar fi greşit să se asume orice «potrivire» particulară între drept şi contextul său naţional, social sau cultural" (*idem*: 5). Foarte important este faptul că această relaţie dintre drept şi cultură/societate nu poate fi şi nu e util să fie încorsetată în scheme teoretice abstracte cu valoare de adevăr absolut: e ineficient să se insiste pe o teorie generală a transplantului juridic care să accentueze independenţa dreptului faţă de societate, aşa cum este fals şi neproductiv să se accentueze o teorie rigidă a identificării complete a dreptului cu societatea care să ridice obstacole epistemologice de netrecut în calea mobilităţii dreptului. Predictibilitatea modului în care o societate gândeşte sau acţionează cu privire la drept, într-un anume moment dat, poate fi pusă sub semnul întrebării prin simple observaţii empirice. De exemplu, transplantarea cu succes a instituţiei „securităţii universale", aparţinând dreptului comercial, o instituţie strâns legată

de cultura juridică în *common law*, în dreptul comercial al Québecului – un sistem de drept profund înrădăcinat în cultura juridică romano-germanică de inspirație franceză – scoate în evidență faptul că teza „culturalistă" este deficitară (Foster, 2002: 63 şi urm.).

Pe de altă parte, cea mai importantă lecție pe care o transmite perspectiva „culturalistă" asupra dreptului este faptul că, indiferent de cauzele care determină transformarea dreptului, chiar dacă dreptul este importat, evoluția sa ulterioară în interiorul societății importatoare este marcată de specificitatea culturală a acestei societăți. Dreptul importat întâlneşte cultura societății importatoare şi este valorificat cultural indiferent că are loc o asimilare/transpunere a sa sau o transformare a culturii juridice a societății importatoare. În acelaşi timp, departe de a fi atât de autonom față de cultura societății sale de origine, dreptul transportă cu el întotdeauna un mesaj cultural mai puternic sau mai difuz. Ca urmare, dreptul importat devine un stimul exterior pentru societatea importatoare, determinând o reevaluare, reconfirmare sau chiar reconfigurare a atitudinii epistemologice şi a praxisului juridic (Bell, 2009: 267 şi urm). Teoriile dreptului înțeles prin prisma culturii ne arată, prin urmare, faptul că transplantul juridic este doar în aparență un demers simplu. El reprezintă o aventură culturală ce implică foarte multe riscuri.

În mod interesant, perspectiva culturalistă asupra dreptului se întâlneşte în acest punct cu teoria transplantului juridic. Deşi una susține că transplantul juridic este imposibil, iar alta că acesta este modalitatea firească de evoluție a dreptului, ambele converg în a scoate în evidență, direct sau indirect, legătura strânsă dintre drept şi cultura juridică a unei societăți date. Legrand şi Watson acceptă deopotrivă că dreptul importat se transformă sub impactul culturii (juridice) a societății importatoare. Legrand conchide, din acest aspect, faptul că dreptul nu se poate importa, ca şi cum s-ar dori neapărat recuperarea în societatea importatoare a tuturor elementelor funcționale ale instituției juridice importate. O astfel de instituție poate completa dreptul importator, printr-o adaptare corectă în cadrul sistemului juridic național receptor şi o coordonare cu cultura juridică a societății importatoare.

Secțiunea a 4-a. Fenomenologia transplantului juridic

Devenită premisă de lucru a unui important segment al comunității academice preocupate de compararea juridică, teoria transplantului juridic, ca teorie a dezvoltării dreptului prin intermediul circulației modelelor juridice, şi-a ramificat aria de analiză, concentrându-se, în mod firesc, pe descoperirea actorilor, a cauzelor, a obiectului, a modelelor, a mecanismelor, a modalităților, a finalităților şi a efectelor concrete ale importului juridic.

§1. Cine importă? Actorii transplantului juridic

Este acceptat pe scară largă faptul că importul juridic se datorează, cu precădere, elitelor juridice. Pentru Watson este limpede faptul că transplantul juridic este rodul unei atitudini specifice față de drept a acestora. Asumând dreptului o existență în sine, elitele juridice au apelat la transplantul juridic în scopul realizării unei agende reformiste proprii, indiferentă la nevoile inerente societății (Watson, 1978: 315) sau chiar ale elitei politice. Elita politică, la rândul ei, ca vector central al schimbării sociale, se poate transforma într-un importator redutabil de drept. Nevoia de legitimare a acesteia poate lua diverse forme de abordare a importului juridic (Monateri, 1998: 94). Dincolo de aceste categorii „clasice" de motoare ale importului juridic, putem observa că toți actorii dreptului – legiuitor, doctrinari, judecători, consilieri juridici sau avocați – se pot transforma, în diverse circumstanțe, în importatori de drept.

Importanța lor ca actori ai importului juridic depinde de rolul şi de locul pe care îl ocupă în cultura juridică a societății importatoare, precum şi de poziționarea lor față de factorul de decizie politică. Astfel, în destul de multe cazuri, putem descoperi situații de maximizare a importului juridic în cazul în care acesta e realizat de către elita politică. Evident, dacă elita politică se identifică cu legiuitorul, intensitatea, forța şi impactul importului juridic este mult mai mare decât în cazul elitei politice care nu deține controlul legiferării. Legiuitorul are la îndemână mecanismele necesare pentru a importa soluții juridice cărora să le imprime o formă juridică specifică, să le asigure aplicabilitatea şi să le impună efectivitatea. Elita politică lipsită de aceste mecanisme se poate exprima prioritar prin proiecte şi, ca urmare, atât amploarea, cât şi impactul importului juridic asupra sistemului de drept şi a societății importatoare sunt considerabil mai reduse.

Un rol important în realizarea importului juridic îl au doctrinarii. Deşi nu dispun de mijloacele (politice) necesare pentru a realiza un import juridic semnificativ şi cu efecte directe asupra sistemului de drept național, doctrinarii au avantajul expertizei în materie juridică. Educația juridică, modul, locul şi momentul în care au învățat ce este dreptul poate avea consecințe importante asupra importului juridic realizat de către aceştia. Ei au prezumtiva şansă de a importa de unde trebuie, cât trebuie şi ce anume trebuie, să realizeze, prin urmare, un import juridic rațional. Pe de altă parte, doctrinarii, datorită abordării lor teoretice, sunt supuşi mai curând entuziasmării ideologice decât legiuitorul sau practicienii, fiind uneori mai dispuşi să-şi asume mari proiecte de reformă juridică prin intermediul transplantului juridic. Judecătorii, deşi dispun de mult mai puțin timp, mai puține cunoştințe de drept comparat şi sunt, nu rareori, lipsiți de posibilitatea

de a accesa informații, pot deveni actori serioşi ai transplantului juridic. Acest demers este mai accentuat în culturile juridice unde precedentul judiciar este izvor de drept şi mai puțin intens în culturile juridice unde judecătorii sunt considerați simpli interpretatori şi aplicatori ai legii. De asemenea, practicienii dreptului, în special cei angrenați în dreptul comercial intern şi internațional, pot fi importatori de drept de pe piața liberă a modelelor juridice. Nu în ultimul rând, studenții la drept plecați la studii în străinătate pot fi importanți vectori ai importului juridic. Acest lucru l-au demonstrat studenții Evului Mediu sosiți să studieze dreptul roman în universitățile italiene, tinerii scoțieni trimişi în secolele al XVI-lea şi al XVII-lea să studieze dreptul în Olanda ori tinerii români ce au plecat la studii în Franța în secolul al XIX-lea. Nu ar trebui neglijată nici contribuția pe care imigranții, misionarii ori colonişții o pot avea la declanşarea sau chiar realizarea unui import juridic informal la nivelul societăților unde trăiesc (Twining, 2004: 20).

§2. De ce importăm? Cauzele transplantului juridic

Problema cauzelor importului juridic/aculturației juridice a fost îndelung dezbătută atât în cadrul dreptului comparat, cât şi în cadrul sociologiei juridice (istorice) (Gaudemet, 2000: 91 şi urm.), al istoriei dreptului (Rouland, 1998: 427 şi urm.) sau al antropologiei juridice. Toate aceste discipline au descoperit cauze care determină mutații juridice prin intermediul importului juridic. Cauzele pot consta în considerente politice sau economice, prestigiul juridic, economic sau politic, dorința de a aparține unui anume grup sau civilizații, accesul uşor şi rapid la anumite resurse juridice, prezența fizică a ofertantului străin (Bogdan, 2004: 55 şi urm.), impunerea/constrângerea (Sacco, 1992: 15; Constantinesco, 1997: 392-394) sau chiar şansa (Monateri, 1998: 96; Watson, 1996: 339-341).

În această chestiune am putea discuta, sub aspectul impulsului ce declanşează demersul importator, despre **cauze subiective** ale importului juridic, *e.g.* necesitatea, urgența reformei, dorința de schimbare politică şi evoluție economică, prestigiul modelelor importate, comoditatea legiuitorului, slăbiciunea culturii juridice naționale, mentalitatea importatoare şi, pe de altă parte, am putea avea în vedere cauze obiective ale importului juridic: migrarea populației, circulația ideilor şi practicilor religioase sau morale, schimbarea contextului geo-politic, tendințele tot mai clare de unificare a dreptului pe plan internațional, globalizarea economică, presiunile politico-juridice exercitate de puteri externe, şansa şi, nu în ultimul rând, comparația juridică. Cauzele subiective merită o atenție aparte, datorită impactului covârşitor pe care îl au asupra schimbării în drept prin intermediul importului juridic. Pe de altă parte, dacă luăm în considerare originea acestor cauze,

raportat la sistemul de drept național, putem să distingem între cauze interne și cauze externe sistemului și culturii juridice naționale. Toate cauzele subiective, alături de compararea juridică, pot fi introduse în categoria cauzelor interne, iar restul celor obiective în categoria cauzelor externe.

Încercând să surprindă complexitatea motivelor ce determină pe actorii importului juridic să recurgă la modele juridice străine pentru a reforma dreptul intern, unii autori au încercat să construiască taxonomii elaborate cu pretenții de exhaustivitate. Demersul lui J. Miller (Miller, 2003: 839 și urm.), de exemplu, este meritoriu prin aportul unei perspective sociologice care îmbogățește demersul de înțelegere a transplantului juridic. Din păcate, perspectiva acestuia fiind bazată pe experiența Argentinei în materie de import juridic, nu acoperă toate posibilele cauze ale transplantului. La rândul nostru, suntem conștienți că ceea ce surprindem în continuare este sub semnul relativului, orice analiză suplimentară a cauzelor transplantului juridic putând scoate în evidență noi aspecte.

2.1. Cauzele subiective ale transplantului juridic

Este larg acceptat faptul că **prestigiul** reprezintă cea mai des întâlnită cauză a transplantului juridic. De regulă, o idee, o instituție juridică, un sistem de drept sunt importate datorită recunoașterii de care acestea se bucură, în mod direct, sub aspectul funcționalității, clarității ori stilului lor propriu, dar și, indirect, datorită excelenței culturii care le-a produs. Într-un cuvânt, ele au calitate. Impactul prestigiului dreptului importat asupra societății importatoare este puternic și datorită autorității acestui drept (Miller, 2003: 856-858; Watson, 1996: 346). Autoritatea dreptului importat legitimează elita importatoare, legitimează, totodată, instituțiile importate și permite importatorilor să dezvolte strategii elaborate de impunere a respectivelor instituții. În principiu, puțini îndrăznesc și reușesc să se revolte împotriva argumentului autorității dreptului importat. **Necesitatea** reformei socio-politice și economice în evoluția unei societăți date, cuplată cu lipsa de resurse interne de schimbare juridică, implică, cel mai adesea, apelul la importul juridic. Inexistența unei tradiții juridice proprii și slăbiciunea culturii juridice naționale determină, în acest context, recurgerea necondiționată la import juridic.

Urgența reformei socio-politice și economice într-o societate dată, cuplată sau nu cu lipsa resurselor interne de schimbare juridică, conduce și ea, inevitabil, la import juridic. Nevoia de rapidă integrare în anumite structuri socio-politice și economice, dorința de legitimare pe plan internațional, dorința de a atinge cât mai repede un anumit standard de bunăstare economică, dorința de a recupera rapid un handicap de cultură și civilizație, toate acestea urgentează necesitatea reformei juridice și determină actorii

dreptului să recurgă la import juridic. În acest caz, actorii dreptului sunt, cel mai adesea, tentați să renunțe la decelarea unei soluții juridice proprii, chiar dacă tradiția juridică puternică şi resursele interne ale culturii juridice naționale ar permite acest lucru. **Comoditatea** legiuitorului este una din cele mai frecvente cauze ale importului juridic. Este mult mai simplu pentru legiuitorul național sau internațional să recurgă la soluțiile gata fabricate, atractive şi funcționale de pe piața internațională a modelelor juridice, decât să facă un efort de elaborare a unei soluții juridice proprii, relativ originală. Preluarea unui drept gata făcut economiseşte timpul ce s-ar pierde pentru căutarea analitică a unei soluții proprii şi ar economisi şi banii afectați unui asemenea demers (Miller, 2003: 845). Din panoplia cauzelor transplantului juridic nu trebuie neglijate, însă, **interesele politice şi economice**. Nevoia de democratizare şi bunăstare economică a unui stat post-comunist precum România, nevoia generală unei societăți de a-şi moderniza bazele socio-politice şi economice, pot să conducă, inevitabil, la import juridic. Interesul României de a deveni membră a UE a determinat importul masiv, mai mult sau mai puțin benevol, al tuturor normelor europene cuprinse generic sub denumirea de *acquis comunitar.* În trecut, aceeaşi societate românească a apelat masiv la importul juridic pentru a se integra în aceeaşi familie a societăților europene moderne şi prospere economic.

Un important curent contemporan al dreptului comparat, *i.e.* Drept comparat şi economie (*Comparative Law and Economics*), susține că, în materie de dezvoltare economică, transplantul juridic se realizează, cel mai adesea, prin intermediul alegerii de pe piața soluțiilor juridice a celor care promovează cel mai bine **eficiența economică**. Pe lângă faptul că nu există dovada unei legături clare şi indisolubile între instituțiile juridice şi eficiența economică, rămâne de clarificat măsura în care transplantul juridic de instituții ce promovează eficiența economică nu este mai curând un transplant din considerente politice, precum şi măsura în care acelaşi tip de transplant este capabil să facă față particularităților locale ale dezvoltării economice (Graziadei, 2008: 460-461).

Mentalitatea importatoare este un factor relevant în procesul de recurgere la import juridic. O cultură juridică națională care s-a obişnuit să-şi obțină soluțiile juridice prin intermediul importului juridic, va apela întotdeauna la import juridic în momentul în care se va ivi o problemă legată de schimbarea socio-politică şi economică. Ea va face acest lucru fie datorită legăturilor puternice cu modelul său juridic, fie din comoditatea preluării din afară a unor soluții juridice gata fabricate. Va face acest lucru chiar dacă există conştiența prezenței unor tradiții juridice proprii sau a posibilității obținerii unor soluții juridice proprii. **Slăbiciunea/neputința** culturii juridice naționale, mai curând decât o cauză în sine a importului

juridic, reprezintă un conglomerat de cauze ce determină apelul la găsirea în afară a soluțiilor juridice. Ea dă contur şi explică modul general de a gândi şi acționa în direcția importului juridic al actorilor dreptului dintr-un anume sistem de drept național. O anume cultură juridică națională se manifestă ca slabă sau neputincioasă în momentul în care apelează la import juridic din cauzele mai sus enunțate: atunci când ea este în permanență subjugată de prestigiul unuia sau mai multor modele juridice străine, atunci când manifestă de prea multe ori necesitatea de a utiliza soluții juridice externe, atunci când face constant reformă juridică sub imperiul urgenței, când se află la îndemâna presiunilor juridice şi politice externe, datorită nevoii de integrare politico-economică, atunci când e prea comodă pentru a căuta soluții juridice proprii şi, nu în ultimul rând, atunci când şi-a dezvoltat, fără drept de apel, o mentalitate de importator de drept. Putem însă să-i descoperim neputinței juridice şi o substanță proprie: o cultură juridică este neputincioasă în momentul în care ea nu are capacitatea, i.e resurse proprii, descoperite sau nu în tradiția proprie, sau nu are expertiza necesară să găsească soluții juridice proprii unor probleme sociale concrete.

2.2. Cauzele obiective ale transplantului juridic

Dintre cauzele obiective ale importului juridic, cel mai mare interes pentru analiza noastră îl reprezintă **compararea juridică, imperialismul juridic şi şansa.**

Pentru importul soluțiilor juridice străine, **dreptul comparat** poate fi considerat o cauză (voluntară) a alegerii raționale. Luând în considerare faptul că dreptul comparat nu „este preocupat doar de raporturile istorice dintre sistemele de drept" (Watson, 1996: 321) sau este „o viziune diacronică (ce) ne permite să constatăm şi să explicăm transformările modelelor" (Sacco, 1974: 128), ne-ar plăcea să credem că dreptul comparat/compararea juridică ar putea juca rolul unei astfel de cauze a „alegerii raționale". Aceasta, credem, ar putea fi una din preocupările fundamentale ale unui comparatist: în ce circumstanțe poate determina dreptul comparat importul uneia sau al alteia dintre soluțiile juridice străine? În ultimele decenii, o serie de studii au scos în evidență faptul că una din cele mai importante (dacă nu cea mai importantă) utilități practice ale dreptului comparat îl reprezintă ajutorul pe care el îl poate acorda legiuitorului în reformarea sistemului de drept național (Khan-Freund, 1974: 1-27). Mai mult, se consideră azi că dreptul comparat a devenit rațiunea de a fi a activității legislative şi nu doar o tehnică a acesteia (Glenn, 2000: 108). Nu de puține ori, în cadrul acestui tip de discurs, au fost făcute referințe la țările Europei Centrale şi de Est, pentru care dreptul comparat poate fi un instrument util pentru descoperirea soluțiilor juridice corecte în termenii propriilor tradiții juridice, în cadrul procesului

de reformă care a urmat după prăbuşirea sistemului juridic de inspiraţie sovietică (Zweigert & Kötz, 1998: 17). Astfel, dreptul comparat se dovedeşte a fi nu doar singurul mod de a face reformă juridică prin intermediul importului juridic, ci a avea şi o dimensiune analitică, anterioară şi pregătitoare a importului juridic, care ia în considerare o serie de elemente, printre care şi tradiţiile sistemului de drept importator. „Compararea, spunea Constantinesco, trebuie să evalueze în ce măsură norma juridică pe care dorim s-o introducem se adaptează la ordinea juridică locală, care sunt modificările, eventual necesare, şi care este scopul pe care nou introdusa normă juridică trebuie să-l atingă în ordinea juridică domestică" (Constantinesco, 1998: 398). Dreptul comparat răspunde prin urmare mai bine necesităţilor de moment, printr-o atentă proporţionalitate între necesitate şi import, luând în considerare factorii interni şi externi ai sistemului importator, precum şi elementul tradiţiei juridice.

Astfel, dreptul comparat devine o cauză „critică", o cauză sistematică, completă, raţională a importului juridic, un creator de „proiecte pentru importatorul de modele" (Örücü, 1999: 131). Dincolo de acest aspect, toate celelalte cauze – consideraţii politice, prestigiu, şansă, impunere – se manifestă ca iraţionale. În acest context, s-ar putea spune că utilizarea dreptului comparat oferă demnitate şi forţă unui sistem de drept importator, în timp ce toate celelalte cauze accentuează slăbiciunea sa ca sistem de drept importator. Problema care se ridică în acest moment este dacă dreptul comparat poate fi astăzi o cauză a importului juridic. Istoria comparată a dreptului arată că, în trecut, compararea sistematică a fost rar cauza unică, raţională şi voluntară, a importului juridic. Tocmai de aceea, importanţa dreptului comparat în calitate de cauză a importului juridic este determinată de greutatea celorlalţi factori pe care i-am denumit iraţionali. În acest pachet de cauze rezidă balanţa între sistemul juridic „neputincios" şi sistemul juridic „puternic".

Imperialismul juridic a fost, fără tăgadă, una dintre cele mai puternice şi eficiente cauze ale importului juridic, la nivel planetar. Perioada imperialismului colonialist a scos în evidenţă anvergura şi forţa cu care soluţiile juridice ale cuceritorului pot fi impuse teritoriilor şi populaţiilor cucerite. Aceeaşi forţă a armelor şi-a dovedit la fel de bine eficienţa, în contextul în care Napoleon I a impus în întreaga Europă cucerită celebrul său Cod Civil. Nu mai puţin celebrele constituţii impuse Germaniei şi Japoniei la sfârşitul celui de-Al Doilea Război Mondial ori impunerea dreptului sovietic în ţările satelit ale URSS au reprezentat manifestări clare de imperialism juridic în epoca recentă. Astăzi, epoca impunerii cu forţa a dreptului pare a fi complet apusă. Cu toate acestea, aparenţele nu trebuie să înşele. Imperialismul juridic este prezent şi astăzi, e adevărat, în forme mult mai subtile şi mai greu

de detectat (Miller, 2003: 847-848). Condițiile de reformă juridică impuse de către diverse organisme internaționale unor state pentru a fi primite ca membre cu drepturi depline în diverse structuri supra sau interstatale (de ordin politic, comercial, economic sau sportiv) nu reprezintă altceva decât un imperialism juridic mascat. Criteriile în materie de recunoaştere internațională impuse de statele reper ale ordinii internaționale actuale noilor democrații post-comuniste din Europa de Est, precum şi „ajutorul juridic" oferit de experții acestor state pot fi considerate forme subtile ale imperialismului juridic. Aşa cum remarcă G. Ajani, astăzi receptarea nu are loc doar la inițiativa celor care au nevoie, ci şi la inițiativa celor care vor să-şi exporte dreptul (Ajani, 1995: 97). Nu în ultimul rând, condiționalitatea anteaderare şi post-aderare la UE impusă statelor candidate (Schimmelfennig and Sedelmeier, 2004: 669 şi urm.) poate fi inclusă, fără rezerve, în categoria formelor contemporane ale imperialismului juridic (Guțan, 2004: 73-75). În toate aceste cazuri, statele vizate sunt obligate să importe drept în formule şi cantități pe care acestea, adesea, nu le consideră necesare şi oportune pentru cultura juridică națională ori pentru cultura națională de ansamblu a societăților importatoare. Deşi este considerat a fi, de regulă, o cauză externă, imperialismul juridic, echivalat în termenii schimbării sub presiune, poate fi şi o cauză internă a importului juridic. Presiunea (Watson, 1978: 324-325) considerabilă, pe care anumiți factori economici, politici sau anumite grupări sociale o pot exercita asupra legiuitorului, poate conduce la import juridic.

Şansa reprezintă o cauză a importului juridic ce este, aparent, independentă de voința actorilor importului juridic. Astfel, Watson dă exemplul unei cărți de drept aflate într-o bibliotecă ce cade întâmplător în mâinile unui jurist sau exemplul unei universități scoțiene ce a început să primească la studii masterale studenți africani (Watson, 1996: 339). Aceştia, influențați de ideile cărții sau de sistemul de drept local, recurg la import juridic. Nu e clar însă aici dacă şansa se referă la importul juridic în sine sau la cauza importului. Pe această logică, am putea considera că importului românesc din Franța secolului al XIX-lea s-a datorat şansei pe care a avut-o o parte a boierimii româneşti de a-şi trimite copiii la studii la Paris sau şansei unora din tinerii români de a fi trimişi la studii la Paris de către statul român în anii '20 ai aceluiaşi secol.

§3. Ce importăm şi în ce cantitate? Obiectul transplantului juridic

În funcție de cauzele importului juridic incidente, pot constitui obiectul acestuia idei/doctrine, principii, concepte, norme juridice, instituții juridice, ramuri de drept sau chiar sisteme juridice în ansamblul lor. Mai toate ra-

murile dreptului au făcut şi pot face în continuare obiectul importului juridic. Alegerea uneia sau alteia dintre ramurile de drept depinde, în bună măsură, de problemele apărute în societatea importatoare – probleme sociale, economice, politice, modernizare juridică – şi care aşteaptă o soluţie juridică, într-o formulă sau alta. Pe lângă acestea, pot constitui obiect al transplantului juridic proceduri juridice, ritualuri, obiceiuri vestimentare, simboluri, structuri profesionale, *e.g.*, asociaţii profesionale, societăţi ştiinţifice, metodologia judiciară, revistele juridice, metode de educaţie juridică, stiluri de redactare şi de argumentare şi chiar arhitectura (Twining, 2004: 21).

Cantitatea importului juridic depinde de cauzele şi de actorii importului. În cazul unor cauze ca prestigiul, mentalitatea importatoare, nevoia de legitimare şi de integrare politico-economică, imperialismul juridic, cantitatea de drept importat va fi mai mare decât în alte cazuri. De asemenea, legiuitorul naţional va avea posibilitatea să importe mult mai mult drept decât ar putea s-o facă doctrinarii sau judecătorii. Nevoia continuă (mai mult sau mai puţin justificată) de sistematizare şi clarificare conceptuală a condus, în funcţie de dimensiunea importului, la o diferenţiere între aculturaţie – receptarea unui sistem de drept sau a unei părţi dintr-un sistem – şi împrumut – receptarea unei instituţii juridice particulare (Rouland, 1998: 424).

§4. De unde importăm? Modelele transplantului juridic

Este interesant de răspuns la întrebarea de ce actorii transplantului juridic importă mai curând dintr-un sistem de drept şi nu din altul. Ce anume îndreptăţeşte un anume sistem de drept să fie luat ca model de către altul? Identificarea unei anumite cauze a importului juridic nu ne duce automat la un anume model juridic. Tocmai de aceea, problemele trebuie să fie discutate distinct. Lucrurile se complică deoarece întotdeauna este la mijloc o alegere între alternative. De exemplu, unul din modelele importului juridic este modelul prestigios. Ce face ca un sistem de drept să fie considerat prestigios? Existenţa unor calităţi în sine sau doar faptul că a fost importat de către foarte multe societăţi? Prestigiul poate fi o funcţie intrinsecă a unui anume sistem de drept importat, datorată modernităţii, tehnicităţii, calităţii stilului, eficienţei politice sau economice (Mattei, 1994: 3 şi urm.), dar poate fi şi o funcţie a raportului dintre sistemele de drept şi societăţile acestora. Un sistem de drept poate să nu aibă calităţi intrinseci, dar să fie importat datorită afinităţilor culturale dintre două societăţi ori datorită complexelor de inferioritate ale unei societăţi. El este prestigios deoarece este valorizat într-un anume mod de către societatea importatoare, indiferent de calităţile sale intime. În aceste condiţii, poate fi de înţeles şi faptul că o societate se îndreaptă spre un model deoarece a fost importat de către

mulți alții. În același registru, poate fi înțeles de ce o fostă colonie poate respinge importul din sistemul de drept al fostei puteri coloniale chiar dacă acesta este unul de mare prestigiu. Resentimentele de ordin cultural, politic şi istoric pot îndepărta actorii transplantului juridic de un anume model juridic, oricât de modern, tehnic sau eficient ar fi el. Privind lucrurile din exterior, se poate constata o schimbare permanentă a dominației mondiale a modelelor prestigioase, în funcție de influența „leadership-ului intelectual" exercitată de către acestea. Dacă secolul al XIX-lea şi începutul secolului al XX-lea au aparținut culturii juridice romano-germanice, a doua jumătate a secolului al XX-lea stă mărturie influenței tot mai crescânde a culturii juridice a *common law* (Mattei, 1994b: 203 şi urm.).

Un alt model al importului juridic poate fi denumit generic modelul la îndemână. El poate fi prestigios sau nu, tot ceea ce contează e că se află la momentul şi la locul potrivit în raza de acțiune a actorilor transplantului juridic. El poate fi modelul puterii coloniale preluat de fostele colonii, deoarece au devenit dependente de acesta, poate fi modelul din care o societate a importat ani de-a rândul, deoarece este mai simplu să importe de acolo decât să construiască un drept original, este dreptul prestigios de care o societate a devenit prea dependentă pentru a se uita la alte modele prestigioase, este modelul pe care o societate îl găseşte în spațiul geo-politic în care se manifestă, la statele cu care are bune şi tradiționale raporturi comerciale, politice şi militare, este modelul pe care îl oferă prin ajutor juridic specialiştii străini veniți în societatea importatoare să asiste procesul de schimbare socio-juridică. Astfel, în secolul al XIX-lea, noi românii am descoperit modelul francez deoarece tinerii români s-au deplasat în Franța pentru a studia dreptul. După revoluția din 1989, am descoperit valorile constituționalismului modern datorită faptului că au fost destui binevoitori care să ne învețe cum să facem o constituție, aducând în bagaje propriul model juridic.

Putem discuta, de asemenea, despre modelul impus. Acesta, prin definiție, este modelul juridic al puterii cuceritoare/coloniale/imperialiste. Cu toate acestea, ne putem găsi şi în cazul în care o putere să impună unei anumite societăți un alt model juridic decât cel propriu, din considerente de ordin politic. De exemplu, Imperiul rus a practicat impunerea unor acte constituționale în diverse state ale Europei, preluate din modele constituționale mult mai moderne decât al său, pentru a le atrage în sfera sa de influență. Nu în ultimul rând, putem vorbi despre modelul comparat, care este rodul căutărilor sistematice, prin intermediul comparării juridice, ale elitei politice şi juridice dintr-o anumită țară. Acesta nu se confundă neapărat nici cu modelul prestigios, nici cu modelul la îndemână şi nici cu modelul

impus, deşi, în urma unei analize raționale, se poate descoperi că e necesar să se apeleze la oricare dintre acestea.

Trebuie reținut că o societate poate importa dintr-un singur model juridic străin sau din mai multe. De asemenea, e posibil ca într-un sistem de drept național importator să găsim deopotrivă modelul de prestigiu, modelul la îndemână, modelul impus şi modelul rațional ales. Pe de altă parte, s-a constat, pe bună dreptate, că, în contextul pluralismului juridic contemporan, nu se mai poate vorbi doar despre dreptul național ca model al importului juridic (Twining, 2004: 13). Concret, putem vorbi despre diverse tipuri de modele naționale, supranaționale, regionale sau internaționale. În mod tradițional, cele importate au fost sistemele de drept naționale. Pe măsură ce globalizarea şi-a spus cuvântul, a început să fie importat dreptul reglementat de diversele organisme internaționale interguvernamentale şi, odată cu apariția unor structuri suprastatale, *e.g.* UE, orizontul de import juridic s-a mutat în acea direcție. În aceste condiții, se poate vorbi despre nivele multiple de import/export juridic: pe orizontală, unde exportă unul sau mai multe modele juridice naționale spre alte modele juridice naționale, şi pe verticală, unde exportă un model supranațional, regional sau internațional spre unul sau mai multe modele naționale (*idem*: 18-19).

§5. Prin ce tehnici importăm? Mecanismele transplantului juridic

Prin mecanismele importului juridic înțelegem modalitățile concrete, materiale, prin care dreptul ajunge din sistemul juridic exportator în sistemul juridic importator.

Mecanismele importului juridic se manifestă distinct, de regulă în funcție de ceea ce este importat. Astfel, ideile juridice, mult mai uşor de importat decât normele şi instituțiile, sunt preluate la nivelul discursului elitei politice şi juridice. La nivelul elitei politice putem întâlni politograme, proiecte de reformă juridică, discurs parlamentar etc. Este foarte important de reținut că tipul de regim politic dintr-o anumită societate determină considerabil mecanismele importului juridic. Astfel, într-o democrație parlamentară, dreptul poate fi importat datorită dezbaterii, negocierii şi votului parlamentar. În cazul unei autocrații, importul juridic poate fi decis de către monarhul absolut sau de către dictator fără niciun fel de consultare a elitelor politice şi juridice. La nivelul elitei juridice, transferul se realizează, de regulă, la nivelul discursului ştiințific, în cadrul doctrinei, *e.g.* tratate, manuale, eseuri, articole, proiecte ştiințifice etc.

Pe de altă parte, normele şi instituțiile juridice sunt, de regulă, importate de către legiuitor. În acest caz, preluarea lor în sistemul de drept național se face prin intermediul transpunerii legislative în diverse formule – cod, lege,

hotărâre de guvern etc. Nu în ultimul rând, practica judiciară şi/sau metodologia judiciară pot fi importate de către avocaţi sau, mai ales, judecători, prin intermediul contactului cu jurisprudenţa şi metodologia judiciară străină. În acest caz, importul juridic se realizează în mod difuz şi discret, prin asumarea treptată de tehnici de interpretare juridică etc., pe măsură ce cultura judiciară a societăţii importatoare se adaptează. La acele instituţii practicienii pot ajunge direct sau prin intermediul doctrinei care analizează şi valorizează anumite aspecte din jurisprudenţa străină (Sacco, 1992: 8).

Tot de mecanismele importului juridic ţine şi traducerea juridică. Datorită faptului că fiecare sistem de drept naţional se exprimă într-o limbă proprie, alături de un limbaj juridic propriu, orice demers efectiv de transplant juridic implică o traducere a conceptelor juridice din limba societăţii exportatoare în limba societăţii importatoare. Acest aspect presupune, adesea, pe lângă importul de instituţii şi idei, şi un import de limbă şi limbaj. Acest aspect stă mărturie noutăţii şi caracterului străin al instituţiilor importate şi poate produce confuzie sau iritare în cultura importatoare. Pe de altă parte, traducerea se poate realiza şi prin utilizarea unor concepte familiare societăţii importatoare, în scopul de a menaja sensibilitatea culturii juridice locale (Graziadei, 2008: 462-463). Traducerea se poate face cu menţinerea sensului originar al instituţiei sau, dimpotrivă, se poate face, cu o deplasare mai mult sau mai puţin intenţionată, a sensului astfel încât instituţia respectivă să se potrivească mai bine în sistemul de drept importator sau discursului elitei politico-juridice despre instituţiile importate. Aşa cum arată P.G. Monateri, în rândurile elitei politice pot exista chiar lupte de idei şi contradicţii în ceea ce priveşte sensul conceptelor şi al instituţiilor importate (Monateri, 1998: 85). Am putea aminti aici dezbaterea ce a avut loc în România, la sfârşitul secolului al XIX-lea şi începutul secolului al XX-lea, cu privire la semnificaţia conceptelor, a principiilor şi a pârghiilor constituţionale referitoare la regimul parlamentar.

Transplantul juridic se poate face fie prin traducerea fidelă a textelor juridice străine, prelucrarea şi încorporarea lor în acte normative specifice sistemului de drept importator, fie prin preluarea a însăşi formei în care ele erau reglementate în sistemul de drept străin (preluarea fidelă a unor coduri şi aplicarea lor ca atare în sistemul de drept importator). În cazul instituţiilor, acestea pot fi integrate şi ţesute în ansamblul normativ al sistemului juridic importator. Importul de idei şi de principii juridice este mai uşor de administrat şi mai uşor de integrat, în condiţiile în care nu trebuie aici urmărită o coerenţă instituţională. În cazul importului realizat de către judecători, acesta se poate realiza prin citări de idei, motivări sau preluare de cazuistică în ansamblu.

§6. Cum importăm? Modalităţile transplantului juridic

Prin modalităţi ale transplantului juridic înţelegem formele pe care acesta le comportă sub aspect voliţional, la nivelul actorilor importului, în momentul în care acesta are loc. O asemenea disjungere este necesară, din punctul nostru de vedere, deoarece scoate în evidenţă rolul central al actorilor dreptului în procesul de transfer. Modul efectiv în care transplantul are loc este marcat de caracterul intenţionat sau neintenţionat al acestuia, de modul în care actorii importului juridic se raportează cognitiv şi emoţional la el. Din acest punct de vedere, putem distinge între transplant voluntar şi transplant involuntar, între transplant raţional şi transplant iraţional, între transplant conştient şi transplant inconştient (Constantinesco, 1998: 392). Nevoia fiecărui comparatist de a-şi clarifica poziţia faţă de fenomenul circulaţiei modelelor juridice prin intermediul unei amprente terminologice proprii a condus la conturarea unei bogate colecţii de concepte ce acoperă, mai mult sau mai puţin, aceeaşi sferă semantică. Pentru importul voluntar, s-au folosit conceptele de *receptare* (Rouland, 1998: 427), *împrumut, infuzie sănătoasă, contaminare*. Pentru importul involuntar s-au folosit concepte ca *penetrare, impunere, constrângere, iritare, boală contagioasă, practică nesănătoasă* (Teubner, 1998: 11).

Este important de reţinut că toate importurile *voluntare/conştiente/iraţionale* implică o dimensiune a *alegerii,* unde o alternativă este aproape întotdeauna prezentă. *Per a contrario*, un import involuntar/inconştient/iraţional implică, la modul general, o lipsă a posibilităţii de a alege, în condiţiile în care alternativa este interzisă, nu e conştientizată sau nu prezintă interes. Pot exista şi cazuri care nu se pretează la o disjuncţie atât de clară. Astfel, pot exista cazuri de transplant pe faţă/la vedere. Când sunt făcute de către legiuitor (nu impuse din exterior), acestea pot fi atât raţionale/conştiente, cât şi iraţionale/inconştiente. Pe de altă parte, putem vorbi despre transplant ascuns/mascat (Fedtke, 2006: 436), prezent în cazurile în care se preiau mai ales idei sau jurisprudenţă. La fel, acestea pot fi mai mult sau mai puţin voluntare, mai mult sau mai puţin conştiente.

Pot exista însă nuanţe şi în cazul a ceea ce am numit import voluntar. Prestigiul, de exemplu, chiar dacă implică, teoretic vorbind, un import voluntar, poate lega atât de puternic o cultură importatoare de modelul său juridic încât să dobândească puternice accente de import iraţional. În mod curent, prestigiul, ca o cauză a importului juridic, implică ideea de alegere. Un legiuitor naţional poate fi pus în faţa a două sau mai multe modele de succes, eficiente economic sau politic. El urmează să aleagă unul dintre ele, datorită prestigiului de care se bucură sau, mai curând, datorită faptului că acel model juridic corespunde înţelesului despre prestigiu în

cultura importatoare. Lucrurile se schimbă însă în momentul în care societatea importatoare are legături culturale extrem de puternice cu societatea exportatoare. În acel moment, în plan psihologic, prestigiul este acompaniat de dorința importatorului de a-şi însuşi atributele, superioare calitativ, ale dreptului şi culturii societății de unde importă (Sacco). Impactul importului juridic prin intermediul prestigiului este atunci considerabil, deoarece, în acest caz, actorii importului juridic tind să se identifice cu autorii modelului importat (Graziadei, 2008: 458) sau, cu alte cuvinte, tind să devină parte a comunității epistemologice care susține cultura juridică importată (Guțan, 2008: 20-21). Consecința rezidă, pentru a folosi o metaforă preluată din limbajul militar, într-o predare a culturii societății importatoare în fața celei exportatoare. În acel moment, prestigiul modelului juridic este postulat identitar, conducând la manifestări de venerare necondiționată. Un exemplu concludent vine chiar din istoria dreptului românesc: în momentul în care s-a redactat proiectul Codului civil, Alexandru Ioan Cuza a sugerat Consiliului de stat să se inspire din proiectul civilistului italian Pisanelli. Consiliul, condus de Bosianu, doctor în drept la Paris, s-a inspirat masiv din Codul civil al lui Napoleon (Guțan, 2005: 69). Influența culturii franceze şi a dreptului francez erau atât de mari deja, încât prestigiul a eliminat complet orice idee de alternativă. În acest context, modalitatea IKEA de import constituțional, propusă de G. Frankenberg (2010: 572), ni se pare relativ limitată, în condițiile în care presupune un proces de identificare a sursei instituției de importat, decontextualizarea şi idealizarea ei, urmate de o aşezare a lor într-un magazin universal de genul IKEA, de unde fiecare importator constituțional să aleagă ce doreşte.

Importul voluntar, conştient şi rațional este cel care îşi asumă cu bună ştiință alternativele de schimbare juridică. Este importul care nu cedează prestigiului juridic, care consumă resurse de bani şi de timp pentru a găsi cel mai bun şi cel mai eficient model juridic, este demersul care nu se grăbeşte, care ia în calcul necesitățile reale de schimbare ale societății şi posibilitățile reale de adaptare a dreptului importat la cultura societății importatoare. Importul rațional este cel care, precum spunea Alecu Russo, se fereşte de „imitație necugetată" (Schifirneț, 2007: 21). El are, prin urmare, întotdeauna în vedere resursele reale de schimbare juridică ale societății importatoare, el ia întotdeauna în calcul particularitățile culturale locale şi specificitatea tradiției juridice. În cazul în care schimbarea culturală este necesară, el are întotdeauna în vedere un balans corect între ingineria culturală şi nevoia de conservare a identității juridice naționale.

Principala formă a **importului involuntar** este reprezentată de ceea ce am numit generic imperialism juridic. Acest mod de a importa drept implică aspecte ce nu pot fi ignorate dacă se doreşte o înțelegere de ansamblu

a mecanismelor şi a consecinţelor importului juridic. Trebuie înţeles, prin urmare, faptul că imperialismul juridic presupune obligarea ţărilor importatoare să preia soluţii juridice care nu concordă cu tradiţia sau cultura lor juridică; presupune preluarea unei cantităţi prea mari de soluţii juridice care nu-şi găsesc neapărat utilitatea şi compatibilitatea în contextul culturii juridice şi al sistemului juridic al statelor importatoare; nu în ultimul rând, imperialismul juridic este însoţit, în doze mai mari sau mai mici, de inginerie cultural-juridică, fapt care creează tensiuni suplimentare în societatea importatoare. Generic vorbind, toate acestea se întâmplă deoarece promotorii imperialismului juridic, de orice fel ar fi el, sunt, de regulă, foarte puţin preocupaţi de măsura şi modul în care soluţiile juridice pe care le impun concordă cu necesităţile, aşteptările şi specificul culturilor juridice naţionale pe care le patronează.

§7. În ce scop importăm? Finalităţile transplantului juridic

Acestea se referă la scopul avut în vedere de actorii importului juridic în momentul în care s-a realizat transferul de idei, de norme, de instituţii şi de concepte juridice dintr-un sistem de drept în altul. Făcând un demers de sinteză, am putea spune că finalitatea generic urmărită de actorii transplantului juridic este schimbarea juridică. Apelul la transplant juridic este mărturia unei nevoi de a lăsa în urmă o parte din sistemul de drept în vigoare, de a-i transforma coordonatele generale sau de a-l completa, parţial, cu soluţii juridice provenite din exterior. Evident, schimbarea juridică poate fi un instrument eficace pentru a induce schimbare socială, culturală, politică sau economică. Până la urmă, ambiţiile fiecărui actor al transplantului juridic se limitează la capacitatea sa de a induce efectiv schimbare juridică. Legiuitorul, de exemplu, are posibilitatea de a apela la toate mecanismele pe care puterea legitimă pe care o exercită i le pune la îndemână. El poate viza, prin intermediul transplantului juridic, schimbări profunde, de esenţă, în sistemul juridic naţional. Elitele politice lipsite de mecanismele puterii, pot, pe de altă parte, face presiuni, prin intermediul transplantului juridic, asupra puterii în direcţia unui traseu particular al schimbării juridice. Pentru doctrinari, apelul la transplantul juridic ar trebui să fie şi este, datorită deschiderii intelectuale, un demers firesc al schimbării juridice. Expertiza lor poate însoţi planurile de schimbare juridică ale guvernanţilor sau presiunile pentru schimbare ale elitei politice. Judecătorii, în acelaşi timp, pot determina schimbarea juridică la nivelul metodologiei judiciare.

Schimbarea juridică poate viza normele, instituţiile şi conceptele sistemului juridic naţional, fără să vizeze neapărat cultura juridică a unui popor. În acest caz, transplantul juridic poate oferi soluţii juridice externe, punctuale,

unor probleme particulare, fără a altera modul general în care o societate gândeşte şi se comportă în materie juridică. Aici actorii transplantului juridic pot urmări ca fondul cultural să absoarbă şi să adapteze instituțiile importate. Alteori, însă, transplantul juridic poate viza schimbări mai mult sau mai puțin profunde de mentalitate juridică şi, în acel moment, datele esențiale ale culturii juridice a unui popor sunt puse sub semnul întrebării şi supuse unui demers corectiv. În acest caz, schimbarea de mentalitate presupune recurgerea intensă la inginerie culturală. Aici este de aşteptat ca forma importată să acționeze asupra fondului cultural. Acest lucru implică, adesea, asumarea de către elita politică a unui ideal (Graziadei, 2008: 464) politic sau economic de care să se ataşeze într-o asemenea măsură încât să dorească o schimbare radicală de mentalitate în societatea importatoare. Alteori, ingineria culturală poate să aibă cu atenție în vedere limitele şi necesitățile schimbării culturale.

Dincolo de schimbarea juridică, evident, există obiectivul schimbării sociale, politice şi economice. Dacă schimbarea juridică prin transplant juridic e posibil să urmeze unei schimbări socio-economice, aşa cum susține Friedman (Friedman, 1998: 1075), cel puțin experiența românească ne arată că, mai curând, transplantul juridic a precedat şi precede schimbarea socio-economică şi politică. Transplantul juridic poate viza aici schimbarea prin transformarea instituțiilor sau una prin metamorfoza mentalităților. În acest din urmă caz, o schimbare de mentalitate la nivelul elitei politice este necesară pentru demararea şi succesul ingineriei cultural-juridice la nivelul întregii comunități. Aceasta din urmă are şi cel mai mare succes în realizarea schimbării sociale prin intermediul transplantului juridic.

§8. Care sunt consecinţele? Efectele transplantului juridic

Trebuie făcută aici o distincție clară între scopurile sau finalitățile transplantului juridic şi efectele acestuia. Astfel, pe când finalitățile transplantului juridic sunt cele avute în vedere de actorii transplantului, efectele transplantului sunt cele pe care acesta le implică în societatea importatoare, fiind relativ independente de voința şi aşteptările realizatorilor săi.

Dacă se poate accepta că dreptul poate evolua, se poate modifica/transforma indiferent de societate, nu se poate accepta faptul că dreptul funcționează/se manifestă în afara unei societăți date. Dreptul este construit de oameni pentru a se aplica unor indivizi umani care trăiesc într-o societate dată. În consecință, instituțiile juridice, normele juridice, ramurile de drept, ideile juridice importate se găsesc, după realizarea transplantului, față în față cu societatea importatoare. O adevărată provocare pentru comparatişti o reprezintă evaluarea posibilelor efecte ale acestei interacțiuni. Se aplică

dreptul transplantat? Dacă da, cum se aplică el? Societatea importatoare se transformă sub incidența dreptului transplantat? Se transformă dreptul importat sub influența societății importatoare? Un aspect pare a întruni destul de clar acordul celor interesați de problemă: dreptul importat nu va fi în societatea importatoare acelaşi lucru cu ce a fost în societatea exportatoare. Chiar dacă putem, cu uşurință, capta şi reglementa instituții juridice în izvoarele formale ale dreptului, înțelesul primar al acestora din societatea exportatoare nu va supraviețui contactului cu cultura societății importatoare. Precum spunea şi Legrand, „înțelesul nu poate supraviețui călătoriei".

Pentru Watson este evident că dreptul transplantat „nu este acelaşi lucru cu cel care a fost în casa sa anterioară" (Watson, 2001: 104). Instituțiile, normele, ramurile, principiile, structurile, sistemele juridice pot fi foarte simplu importate din cauza faptului că sunt accesibile importatorului, dar „spiritul" sistemului de drept exportator nu poate fi importat. În consecință, dreptul importat nu va opera în exact acelaşi mod cum o făcea în sistemul de drept originar (*idem*: 115). În aceste condiții, poziția lui Watson cu privire la „dreptul în afara contextului" ar trebui nuanțată. Dreptul poate fi, într-adevăr, insensibil la schimbările sociale, politice sau economice într-o societate dată (Watson, 2000: 147 şi urm.), dar nu poate fi insensibil la modul în care acest drept este perceput, înțeles, aplicat, scris într-o anumită societate. Dreptul poate fi importat într-o societate de către elita politică, din cauze iraționale ce nu au nicio legătură cu contextul socio-economic şi politic, dar, în momentul în care dreptul importat operează în societatea importatoare, el întâlneşte „spiritul acesteia". Watson, concentrându-se mai mult pe cauzele şi mecanismele transplantului juridic, nu clarifică pe deplin raportul dintre „spiritul" societății importatoare şi dreptul importat. Nici nu încearcă să propună şabloane ale transplantului juridic de succes în cadrul unei dezbateri despre efectele importului care să țină cont de elementul „spiritual". Este evident că acest „spirit" face referire la „stilul", la mentalitatea juridică, la latitudinea epistemologică a societății importatoare, chiar dacă Watson n-o spune expres. Din nefericire, autorul nu duce până la capăt observația istorică şi nu trage toate concluziile posibile. Acestea ar fi putut scoate în evidență o dependență culturală invariabilă şi constantă a dreptului importat de cultura societății importatoare. Dar, cum scopul lui Watson este acela de a scoate în evidență faptul că transplantul juridic se întâmplă şi nu doar că se întâmplă, dar are loc la o scară destul de largă, interesul său s-a concentrat pe întrebări ca: de ce, cum şi cu ce, nu şi asupra lui ce urmează. Deoarece accentul analizei sale cade pe cultura juridică a actorilor importului juridic şi pe impactul acesteia asupra momen-

tului, întinderii şi naturii schimbării juridice (Watson, 1983: 1154), efectele transplantului juridic sunt analizate doar în subsidiar.

O dezbatere ştiinţifică a transplantului juridic din perspectiva succesului-integrării/insuccesului-respingerii propune G. Teubner în cunoscutul său studiu dedicat receptării instituţiei bunei-credinţe în dreptul englez (Teubner: 1998:11 şi urm.). În acest context, autorul contestă metafora „transplant juridic" ca una ce pune accent mai mult pe actul mecanic al importului juridic şi neglijează consecinţele acestui demers asupra dreptului şi societăţii importatoare. Accentul cade, în consecinţă, pe fondul importator care nu e delimitat strict pozitivist juridic, ci „culturalist". Perspectiva „dreptului înţeles prin prisma culturii" permite o evaluare „organică" asupra şanselor de reuşită ale importului juridic. Există, în viziunea lui Teubner, un drept importat care printr-o „atentă implantare şi cultivare în mediu" are şanse depline de reuşită. Există, pe de altă parte, un drept importat care nu poate fi „domesticit" din cauza strânselor sale legături cu fondul cultural originar. Acest drept nu poate fi decât unul „impus", iar efectul produs nu poate fi decât o „iritare juridică". Dreptul societăţii importatoare nu va asimila complet acest drept importat, ci va lăsa loc unei „dinamici evoluţioniste în care înţelesul normei externe va fi reconstruit, iar contextul intern va suferi o schimbare fundamentală" (*idem*: 12). Acest lucru, în loc să conducă spre o integrare a culturilor juridice, va conduce spre o accentuare a conflictelor, iar procesul de unificare a dreptului, cum e cel de la nivelul UE, este pus sub semnul întrebării.

Analiza lui Teubner este un rodul unui compromis între viziunea dreptului autonom faţă de societate expusă de Watson şi culturalismul reducţionist al lui P. Legrand, ce susţine că dreptul este încorsetat în cultura unei anumite societăţi. Sintetizată într-o teorie a „înţelegerilor/legăturilor obligatorii", analiza susţine că dreptul este doar selectiv legat de cultura unei societăţi, dar şi că autonomia acestuia nu presupune şi o independenţă faţă de contextul cultural (*idem*: 18). Instituţiile juridice ce nu sunt legate strâns de societate, pot fi uşor şi cu succes importate şi asimilate de cultura societăţii importatoare. Pe de altă parte, instituţii ca buna credinţă, strâns conectate la diverse dimensiuni ale socialului, vor fi dificil de transplantat, producând doar diferenţe în cultura importatoare. Când „legăturile obligatorii" dintre drept şi societate sunt puternice, un import juridic va determina o recontextualizare/reconstrucţie a dreptului importat în cadrul dreptului importator, dar şi o transformare a societăţii importatoare care va reconstrui într-un limbaj propriu dreptul importat, redându-l în plan juridic ca o iritare (*idem*: 28).

Ridicăm semne de întrebare cu privire la completitudinea, eficienţa şi universalitatea acestei perspective. Succesul sau insuccesul importului

depinde la Teubner de măsura în care societatea şi dreptul importatoare se manifestă ca un bloc monolit care acceptă impulsuri externe fără a-i fi schimbată structura sau sensul dezvoltării sale organice. În măsura în care fondul cultural/„legăturile obligatorii" ale dreptului cu societatea sunt afectate, importul este o „iritare". „Iritarea" nu e neapărat o respingere a dreptului importat de către societatea importatoare, dar este, cu siguranță, o modificare a structurii sale culturale interne. Dar de ce ar produce doar un drept „impus" o astfel de iritare negativă?! Şi de ce importul reuşit ar trebui să nu atingă fondul cultural al societății importatoare?! Din perspectiva noastră, toate transplanturile juridice care nu sunt raționale (realizate atunci când este organic necesar şi cu o completă evaluare a soluțiilor juridice, interne şi externe), fie acceptate de bunăvoie, fie impuse, reprezintă un iritant juridic pentru un anume sistem de drept național importator. Pe de altă parte, soluția juridică importată poate fi, într-adevăr, respinsă, poate fi organic asimilată, dar, fără niciun fel de discuție, poate produce o simbioză/sinteză nouă între dreptul importat şi fondul cultural al societății importatoare, ceea ce E. Örücü înțelege prin „convergență juridică" (Örücü, 2002b: 211). Iar acest lucru, cel puțin în ceea ce priveşte evoluția dreptului românesc, s-a întâmplat când importul juridic a fost masiv şi s-a făcut dintr-un context cultural considerat superior de elita politico-juridică românească. În aceste condiții, iritarea juridică a fost şi poate fi, în bună măsură, pozitivă dacă ea produce transformări pozitive la nivelul societății importatoare.

Critica adusă lui Teubner nu reprezintă şi o negare a validității teoriei sale în anumite cazuri, cum e şi cazul „iritării" negative a dreptului englez de către o serie din instituțiile juridice preluate prin intermediul dreptului european. Trebuie scos, astfel, în evidență faptul că edificarea unei teorii generale a transplantului juridic plecând de la anumite cazuri particulare este riscantă şi că punerea semnului relativității ar fi cea mai decentă abordare posibilă. Fenomenologia transplantului juridic este complexă, iar lucrurile trebuie evaluate de la caz la caz. Perspectiva lui Teubner menține însă serioasele semne de întrebare cu privire la reuşita reală a convergenței juridice europene bazate pe un transplant juridic masiv, pe o comparare juridică de pe pozițiile echivalenței funcționale şi îndeamnă la căutarea de soluții eficiente care să mişte lucrurile în direcția dorită.

Prin urmare, totul depinde, în materie de efect al transplantului, de reacția societății importatoare. Reacțiile pot fi diverse: dreptul importat poate fi acceptat şi adaptat, el poate fi ignorat sau poate trezi reacții dure de respingere. Acceptarea şi adaptarea pot conduce la transformarea dreptului importat în funcție de datele culturale ale societății importatoare sau, dimpotrivă, pot determina transformări importante de mentalitate şi praxis în cultura (juridică) alogenă. Dreptul importat poate avea efectele

dorite de importatorii săi sau, dimpotrivă, poate avea efecte complet diferite, chiar contrare aşteptărilor. Acest lucru poate demonstra că, într-o anumită măsură, cultura poate călători alături de instituţiile care sunt importate. Aici trebuie remarcată o nuanţă de grad: dreptul importat poate determina o schimbare de mentalitate sub aşteptările actorilor transplantului juridic sau, dimpotrivă, impactul dreptului importat poate să determine schimbări de mentalitate peste aşteptări şi necesităţi, cu toate efectele în ceea ce priveşte tensiunea intraculturală ce poate apărea în societatea importatoare (Hiller, 1978: 460). Ignorarea poate însemna o lipsă totală de interes din partea societăţii de a recurge la instituţiile importate în raporturile sociale, lăsându-le lipsite de efectivitate. Respingerea se datorează iritării culturale, ca reacţie a culturii (juridice) domestice la caracterul complet alogen al instituţiilor importate. Respingerea poate lua o formă de rezistenţă activă a societăţii importatoare la instituţiile importate de către elita politică. Nu în ultimul rând, am putea spune că respingerea poate lua şi o formă de „încremenire" a societăţii importatoare, în cazul în care iritarea juridică a fost atât de puternică încât s-a manifestat asemenea unui şoc cultural.

O discuţie suplimentară poate fi purtată în legătură cu modul şi intensitatea de interacţiune dintre instituţiile importate şi cultura pe care acestea o transportă cu ele, pe de o parte, şi cultura (juridică) a societăţii importatoare, pe de altă parte. Adaptarea şi respingerea dreptului importat nu sunt decât două extreme ale unei fenomenologii complexe. Mai mult, par a fi simple modele teoretice, în condiţiile în care se susţine că nu există o adaptare sau o respingere absolută a unui import juridic. Aşa cum precizează E. Örücü, totul depinde de afinitatea dintre sistemele de drept şi culturile (juridice) implicate în procesul de export-import juridic. Astfel, cele apropiate cultural şi juridic au toată şansa să devină un „piure cultural-juridic", unde datele culturale se întrepătrund într-o asemenea măsură încât îşi pierd identitatea". Cele apropiate cultural, dar distincte juridic, pot deveni un „vas de mixat", unde ingredientele îşi păstrează identitatea în aşteptarea mixării. În cazul în care avem în vedere sisteme de drept şi culturi juridice diferite, ne aflăm în prezenţa unor sisteme de drept/culturi juridice plurale sau duale (Örücü, 1995: 10). În condiţiile în care la adaptarea sau respingerea unui import juridic contribuie şi alţi factori decât afinitatea cultural-juridică, perspectiva poate părea puţin reducţionistă. Dar ea are forţă explicativă, mai ales pentru societatea românească, dominată cultural de ideea „adaptării originale" a lui Lovinescu. Trebuie deci reţinut că, în funcţie de mărimea, modalitatea, mecanismele şi obiectul transplantului juridic, rezultatul poate fi o mixtură de sisteme şi culturi juridice. Problema care se ridică aici vizează dimensiunile acestui mixaj: îşi schimbă societatea importatoare datele cultural juridice într-atât de mult încât să îşi menţină identitatea juridică

sau amestecul de culturi juridice este atât de puternic încât se obține o nouă identitate juridică? Problema deschide, de exemplu, o discuție interesantă în legătură cu impactul importului constituțional de la 1866: Constituția de la 1866 şi cultura constituțională pe care a transportat-o cu ea au fost complet asimilate de cultura românească sau au dat naştere unei noi culturi constituționale?! Or, dimpotrivă, instituțiile şi cultura constituțională importate au rămas izolate în societatea românească dând naştere unui drept şi unei culturi constituționale duale?! Discuția este interesantă, în condițiile în care literatura istorico-juridică românească vorbeşte despre o adaptare originală a dreptului belgian importat la datele cultural-juridice româneşti.

§9. Cum ar trebui să importăm? Transplantul juridic de succes

9.1. Transplantul juridic între succes şi insucces

Analiza lui Watson nu răspunde concret întrebărilor ridicate mai sus cu privire la efectele transplantului. Ştim doar că dreptul importat se transformă în contact cu societatea importatoare. În ce măsură şi cu ce consecințe, nu ni se spune. Este însă important de remarcat că importurile juridice nu doar se întâmplă pur şi simplu. Ele pot fi un real succes, dar pot fi şi un răsunător eşec. Dreptul importat poate fi acceptat şi integrat de societatea importatoare sau respins de aceasta. Orice transplant juridic este făcut, în principiu, cu speranța succesului. În măsura în care există transplanturi juridice nereuşite sau parțial reuşite, ar trebui găsite explicații şi soluții. Este necesar a se trece astfel de la fenomenologia transplantului dreptului pozitiv (înțeles ca normă) la o evaluare a „dreptului în acțiune", a interacțiunii dreptului transplantat cu societatea importatoare şi cultura juridică a acesteia. Evaluarea dreptului importat ca instrument al schimbării în societate (Friedman, 2001: 95) conduce inevitabil la o fenomenologie a transplantului juridic de succes/reuşit (Cotterrell, 2001: 79). Viziunea transplantului de succes accentuează iremediabil, împotriva aserțiunilor lui Watson, faptul că dreptul întâlneşte societatea nu doar după transplant – în cazul întâlnirii dreptului transplantat cu societatea importatoare, ci şi înainte de transplant, fiind proiecția unei societăți care urmăreşte să se adapteze/schimbe/evolueze.

La rândul său, accentul pus de Teubner pe iritarea juridică datorată importului juridic involuntar (irațional), deşi dă un contur problematicii efectelor transplantului juridic, nu clarifică pe deplin problema succesului transplantului juridic. Din punctul său de vedere, un transplant juridic reuşit este unul care nu irită legăturile/aranjamentele obligatorii ale dreptului cu societatea. Nu ni se spune concret ce trebuie făcut pentru a se evita iritarea. Trebuie reținut,

prin urmare, că toate constatările comparatiştilor în materie de transplant juridic au condus la ideea necesității unei rețete care să asigure fără eroare un transplant juridic de succes. Un transplant juridic care a eşuat poate fi unul care a produs importante efecte negative în sistemul de drept al unui stat şi o extremă iritare a culturii juridice naționale respective, cu consecințe neplăcute pe termen lung. Un transplant juridic eşuat împiedică realizarea unor deziderate economice, politice şi sociale în societatea importatoare. Prin urmare, nimeni nu doreşte sau nu ar trebui să dorească un transplant juridic eşuat. Care ar putea fi, în consecință, metodele prin care am putea realiza un transplant juridic de succes? Pentru a răspunde la această întrebare, ar trebui lămurit, mai întâi, care sunt latitudinile eşecului şi succesului transplantului juridic.

Din toate dezbaterile specialiştilor dreptului comparat, rezultă că, în genere, cele mai mari şanse de eşec le are transplantul juridic ce ignoră, pe de o parte, logica internă a unui sistem de drept național şi, pe de altă parte, legăturile culturale intime ale acestui sistem de drept cu cultura generală şi cea juridică națională. În aceste condiții, am putea spune că aproape tot ceea ce înseamnă cauză subiectivă a transplantului juridic – prestigiu, comoditate, slăbiciune, nevoie de legitimare, urgență, mentalitate importatoare – poate determina eşecul transplantului juridic, chiar dacă toate acestea sunt modalități voluntare de import juridic. Prestigiul, de exemplu, poate determina elita politică sau pe cea academică să apeleze la modele sau cantități de import juridic ce nu se justifică prin prisma nevoilor concrete şi a specificului cultural al societății importatoare. Pe de altă parte, trebuie recunoscut faptul că autoritatea dreptului prestigios importat poate determina elitele importatoare să depună diligențe mai mari în aclimatizarea şi aplicarea acestuia. Urgența, de asemenea, împiedică actorii transplantului să analizeze pe deplin modelele şi condițiile transplantului juridic. În acelaşi timp, aceeaşi urgență n-ar trebui să caracterizeze nici pe evaluatorii succesului transplantului, în condițiile în care reacțiile pozitive sau negative ale societății importatoare se pot releva doar după scurgerea unor intervale de timp mai lungi (Nelken, 2001b: 355). Dreptul comparat, chiar dacă este o cauză obiectivă şi voluntară a importului juridic, poate conduce şi el la eşec în momentul în care, interesați doar de valențele pozitivismului juridic, actorii transplantului juridic ignoră contextul cultural. Cu atât mai mult, imperialismul juridic, ca modalitate involuntară de import juridic, va conduce la eşecul acestuia. Toate aceste cauze pot determina eşecul transplantului juridic şi din cauza faptului că pot determina alegerea/impunerea unor soluții juridice din modele juridice incompatibile socio-cultural cu societatea importatoare. Nu trebuie uitat aici procesul de traducere a conceptelor dreptului importat în limba societății importatoare. Acesta poate fi o cauză de eşec

fie pentru că nu reuşeşte să surprindă întreaga semantică şi să transporte întreg bagajul cultural al societății exportatoare în cea importatoare, fie pentru că, dimpotrivă, duce cu sine prea mult bagaj cultural în societatea importatoare.

Per a contrario, suntem în prezența unui import de succes în momentul în care dreptul importat a fost absorbit de cultura juridică a societății importatoare (*idem*: 352) (presupunând aici că orice import involuntar nu ar avea şanse sau prea multe şanse în acest sens). Pentru a favoriza succesul transplantului juridic, prin urmare, s-a considerat că transplantul trebuie fie adaptat de cultura locală, să fie integrat praxisului juridic (Nolan Jr., 2009: 26). Pentru a fi siguri de asta, transplantul juridic ar trebui să facă apel la acele instituții juridice, norme sau ramuri de drept care, prin natura lor, nu sunt atât de întrețesute în cultura societății exportatoare (Markovits, 2004: 100-101). Logica funcționează aici corect: având în vedere că dreptul este legat de cultura societății exportatoare, pentru ca importul juridic să aibă şanse să se integreze în cultura importatoare, ar trebui importat ceva care, totuşi, nu este atât de dependent de datele culturale ale unei alte societăți. Importul de norme ce reglementează raporturile economice şi comerciale are, se pare, şanse mai mari de succes decât cel de norme care reglementează raporturile de familie. În acelaşi timp, regulile procesuale pot fi mai greu de transplantat decât unele norme materiale, având în vedere ataşamentul bazat pe uzură al anumitor categorii profesionale (*idem*: 110). De aici se ajunge la o discuție importantă cu privire la ce anume importăm. Importul de idei juridice are şanse mult mai mari de succes, în condițiile în care este vehiculat de către elita intelectuală şi destinat tot intelectualității, el poate fi asimilat mai uşor prin reconfigurarea epistemologică a elitelor. În acelaşi timp, importul de norme, instituții şi practici juridice este mult mai dificil şi mai rapid expus eşecului. Acestea toate vor asigura mult mai uşor succesul transplantului dacă sunt de la sine executorii (*self-executing*), neimplicând participarea largă a cetățenilor, sau, dimpotrivă, succesul va fi îngreunat de implicarea largă a cetățenilor în aplicarea lor (*idem*: 98-99).

Pe de altă parte, trebuie avut în vedere faptul că această compatibilitate culturală şi cultural-juridică nu este neapărat finalitatea importului juridic şi, prin urmare, succesul sau eşecul transplantului juridic nu depind de acest aspect. În cazul în care actorii importului juridic şi-au dorit o schimbare socială majoră, prin intermediul ingineriei culturale, atunci succesul/eşecul sunt legate de măsura în care această inginerie culturală a avut loc. O inginerie culturală incompletă poate crea subiecților dreptului disconfort în legătură cu prezența unor instituții juridice de import de care se simt străini. Lucrurile nu sunt foarte simple nici în acest caz, deoarece rezistența culturală a unei societăți la ingineria cultural-juridică poate dejuca planurile oricărui actor al

transplantului juridic ce nu ține seama de acest aspect, ajungând să dea dreptate lui P. Legrand în ceea ce privește imposibilitatea transplantului juridic. Nu în ultimul rând, trebuie reținut că evaluarea succesului ingineriei culturale ar trebui să se facă având în vedere și durata de timp scursă de la momentul importului juridic. Transformarea mentalităților și a praxisului presupune o perioadă mai îndelungată de adaptare, cu consecințe directe asupra evaluării efectelor transplantului juridic. De exemplu, analiza făcută de M. Rosenfeld și A. Sajo cu privire la asimilarea de către elita juridică și societatea maghiară a liberalismului, prin intermediul analizei instituției *hate speach*, a scos în evidență rezistența culturală importantă a acestei societăți la acest tip de ideologie. După numai 16 ani de la căderea comunismului, doar judecătorii Curții Constituționale erau interesați de promovarea liberalismului (Rosenfeld, Sajo, 2006: 169).

În același timp, trebuie reținut faptul că succesul transplantului juridic nu se identifică doar cu compatibilitatea sa culturală cu societatea importatoare. Un transplant juridic care nu irită sau care nu e ferm respins de societatea importatoare nu este neapărat un transplant reușit. Dimpotrivă. Ceea ce contează, până la urmă, este efectivitatea transplantului juridic, adică măsura în care acesta este aplicat și produce efectiv efecte pozitive în direcția schimbării sociale dorite. Efectivitatea dreptului poate implica funcționarea sa în societatea importatoare la parametrii societății exportatoare (Berkowitz, Pastor, Richard, 2003: 170 și urm.). În acest sens, trebuie reținut că societatea importatoare poate folosi doar parțial dreptul importat (Nelken, 2001b: 361), putând vorbi, în acest caz, doar de un eșec parțial. Acest lucru depinde de nivelul de asimilare, absorbție sau adaptare a dreptului importat de către societatea importatoare și, de asemenea, de nivelul la care acest drept a reușit să penetreze comunitățile interpretative juridice ale societății importatoare și resorturile intime ale culturii juridice ale acesteia.

În cele din urmă, ar trebui reținut că succesul/eșecul transplantului juridic depind de finalitățile pe care și le-au impus actorii acestuia. Pentru unii legiuitori, simplul fapt că s-a realizat un transplant de instituții sau un transplant simbolic/ornamental dintr-un sistem de drept în altul poate conta ca un succes deplin, indiferent care sunt consecințele în planul iritării cultural-juridice. De aceea, ar trebui să fim conștienți, alături de D. Nalken, de faptul că ideea de succes al transplantului are latitudini foarte subiective, depinzând de multiple variabile (*idem*: 350-351).

9.2. Modele ale transplantului juridic de succes

Din toate aspecte de mai sus, rezultă că cea mai mare problemă a importului juridic este faptul că, pe de o parte, instituțiile importate transportă cu ele conținut cultural și, pe de altă parte, că acest conținu cultural se

B C.U "M. EMINESCU" IASI

pierde sub acțiunea societății importatoare. Cu toate aceste aspecte, reluând premisa că nimeni nu doreşte ca un transplant juridic să eşueze, comparatiştii au încercat să facă diverse formule ale transplantului juridic de succes. Transplanturile juridice au loc din ce în ce mai frecvent, iar o discuție despre cele mai potrivite moduri de a-i asigura succesul trebuie să aibă loc. În ciuda faptului că, din cauza complexității şi a imprevizibilității factorilor care condiționează schimbarea într-o societate dată, nicio astfel de schemă nu poate fi garantată, se pot contura totuşi anumite tipuri de atitudini intelectuale şi demersuri care ar putea încuraja succesul unui transplant juridic.

O teorie a importului juridic de succes a dezvoltat comparatistul turc E. Örücü, în cadrul unui „drept comparat critic" ce abordează transplantului juridic ca „transpunere" (Örücü, 2004: 93 şi urm.; Örücü, 1999: 119). Un astfel de drept comparat se va concentra pe problemele convergenței şi divergenței, nepotrivirilor în cadrul împrumutului juridic, pe problemele importatorului şi exportatorului de instituții şi idei juridice (Örücü, 2002a: 5), „pe analiza căilor, a metodelor şi a consecințelor mobilității transfrontaliere a dreptului" (Örücü, 2002b: 206). Aflat într-o fază a abordării integrative, dreptul comparat se concentrează pe obstacolele ce ar putea sta în calea integrării juridice realizate, în principal, prin „influență reciprocă" a sistemelor de drept, a culturilor sociale şi juridice. Accentul cade aici pe necesitatea ca dreptul importat să fie adaptat „culturii socio-legale particulare şi nevoilor" societății importatoare (Örücü, 2004: 97). În aceste context, nu se mai pune problema repulsiei sau respingerii dreptului importat de către societatea importatoare, ci se creează condițiile pentru o interacțiune a celor două. Această interacțiune este foarte utilă în cazul unui demers de integrare juridică între multiple sisteme de drept, cum este cazul integrării juridice europene. Demersul nu „vânează" însă asemănările dintre sistemele de drept de dragul uniformizării/armonizării cu orice preț. Dimpotrivă, transpunerea şi adaptarea postulează o armonie între sistemele de drept care interacționează, în cadrul căreia diversitatea este prezervată prin răspunsul specific pe care fiecare sistem de drept importator îl dă dreptului importat.

Transpunerea şi adaptarea juridică au loc atât în cazul în care se importă instituții şi principii juridice strâns legate de cultura socio-juridică a societății exportatoare, cât şi în cazul în care există o autonomie mai mare a dreptului importat. Are loc şi atunci când importul provine dintr-o cultură socio-juridică asemănătoare/înrudită cu a celei importatoare, cât şi în cazul în care culturile socio-juridice sunt diferite. Ceea ce va diferi va fi gradul şi modul în care dreptul importat va fi adaptat, intensitatea distorsiunii la care dreptul importat va fi supus, şansele de a apărea anticorpi în societatea importatoare. Evident, indiferent de ce anume se importă, lipsa unei adaptări sau o

proastă adaptare a dreptului importat va determina efecte profund negative la nivelul societății importatoare. Ideal ca import juridic de succes este, în viziunea autorului, unul bazat pe o alegere între soluții juridice alternative oferite de cercetarea comparativă. De asemenea, indiferent de compatibilitate, un import juridic voluntar crește considerabil șansele transpunerii și adaptării, deoarece se desfășoară în prezența unui grad înalt de receptivitate din partea societății importatoare (Örücü, 2002b: 208). Procesul de adaptare, pentru a fi cu adevărat un succes, trebuie să se realizeze la toate nivelele sistemului de drept importator – judecătoresc, educațional – și să implice toți actorii dreptului.

Dreptul comparat critic al lui Örücü răspunde, în bună măsură, unor probleme legate de succesul transplantului juridic, însă lasă neclarificat un alt aspect: conservarea diversității cultural-juridice prin intermediul procesului de adaptare poate pune, în cazul unui transplant juridic multiplu și concomitent, cum este cel din UE, sub semnul întrebării reușita proiectului comunitar. Procesul de adaptare a legislației europene la contextul cultural/cultural juridic al statelor membre nu este o garanție că instituțiile juridice comunitare importate vor produce pretutindeni aceleași efecte.

Având în vedere necesitatea unui transplant juridic care să postuleze, în final, uniformitatea între sistemul juridic importator și cel exportator, au apărut și teorii care poziționează succesul transplantului juridic mai puțin în adaptarea/asimilarea neconflictuală a dreptului importat de către cultura societății importatoare, cât în producerea unui drept uniform, a unui drept care să fie aplicat la fel, deopotrivă în statul exportator și cel importator. Ideea lui J. Smits de a identifica transplantul de succes cu un proces de import juridic rațional, realizat de către instanțele naționale doar în cazurile în care acestea ar considera că dreptul importat nu vine în contradicție cu contextul socio-economic al sistemului de drept importator și care să determine un anume grad de uniformitate între sistemul juridic importator și cel exportator (Smits, 2002: 139 și urm.) este atrăgătoare teoretic, dar nu răspunde nici ea nevoilor aplicării uniforme a dreptului comunitar în toate statele membre ale UE. Teoria lui Smits are la bază ideea că uniformitatea juridică poate fi atinsă, gradual, fie în cazul în care se importă instituții juridice care sunt independente de orice context cultural, fie în cazul în care instituția juridică importată întâlnește în societatea importatoare același context socio-economic și cultural ca și în societatea de origine. Problema este, pe de o parte, că doar o mică parte din instituțiile juridice sunt independente de contextul cultural și, pe de altă parte, așa cum arăta însuși autorul, prezența unui context socio-economic identic nu presupune automat atingerea unei uniformități juridice (*idem*: 150 și urm.).

În ceea ce ne priveşte, am susținut și susținem în continuare faptul că un transplant juridic de succes poate fi doar transplantul rațional. Este vorba despre acele latitudini ale raționalității pe care le-am desprins din bogatele semnificații ale teoriei formelor fără fond. Ca urmare, putem spune că un transplant juridic ar putea fi de succes doar în condițiile în care se importă doar atunci când este necesar, cu luarea în considerare a soluțiilor pe care sistemul de drept şi tradiția juridică națională le pot oferi, de unde este necesar, în cantitatea necesară, luând în considerare specificul culturii generale şi cel al culturii juridice naționale. În cazul în care se optează pentru inginerie culturală, transplantul de instituții juridice este de succes atunci când instituțiile importate nu doar reuşesc să schimbe mentalitatea şi praxisul, ci şi atunci când reuşesc să se modeleze, să se adapteze la fondul societății importatoare. Un transplant juridic de succes este, prin urmare, cel care vizează ingineria culturală fără a schimba datele esențiale ale culturii unui popor, adaptându-se la dimensiunea culturală perenă, solidă, a acelei societăți.

În final, ar trebui reținut că orice proiecție strategică a importului de succes se rezumă la o simplă schemă logică ce încearcă să ia în calcul cunoaşterea şi expertiza acumulate până în acest moment în materie de transplant juridic. Soarta oricărui transplant juridic, oricât de rațional ar fi el şi oricât de orientat spre a veni în întâmpinarea culturii juridice importatoare, depinde de prea multe variabile (Graziadei, 2009: 472-473). Importul juridic pare a fi, din acest punct de vedere, ori o aventură ori un pariu.

§10. Precizări metodologice

După toate aceste demersuri de sinteză, trebuie reținut cu atenție faptul că ele nu reprezintă şi nu pot reprezenta un şablon teoretic ce urmează a fi aplicat unor evenimente istorice sau contemporane pentru a obține cunoştințe ştiințifice noi. După cum se poate observa, toate aspectele prezentate comportă o serie de alternative care sunt rezultatul unor analize punctuale vizavi de diverse fenomene de transplant juridic petrecute, de-a lungul timpului, în diverse colțuri ale lumii. Fiecare astfel de eveniment a avut particularitățile sale şi s-a manifestat la latitudini care i-au fost specifice. Teoria dreptului comparat nu a făcut altceva decât să le înregistreze, fără a crea (cel mai adesea) teorii exhaustive de manifestare a importului juridic. Situațiile în care acesta poate avea loc şi variabilele de care depinde pot să fie atât de diverse încât orice teorie să rămână la nesfârşit deschisă, supusă continuu corecțiilor. La fel, orice demersuri taxonomice, oricât de tentante ar fi ele pentru mintea organizată a cercetătorului, se pot dovedi, adesea, simple castele de nisip în fața multiplelor manifestări particulare

ale transplantului juridic ce se manifestă fără întrerupere. Fiecare epocă are, prin urmare, propriile provocări din partea transplantului juridic, cea mai mare provocare fiind, până la urmă, aceea de a nu se lăsa târâtă în mod nejustificat în demersuri reducționiste.

Sinteza este, totuşi, necesară pentru a oferi actorilor şi „clienților" dreptului comparat o perspectivă corectă şi complexă asupra problematicii extrem de actuale a transplantului juridic. Dincolo de analiza comparativ istorică a evoluției sistemelor de drept prin intermediul transplantului juridic, propusă de A. Watson, dincolo de demersul ştiințific de conceptualizare şi teoretizare a cazuisticii diverse a transplantului juridic, există o realitate simplu de constatat: cea mai mare parte, dacă nu întregul proces de schimbare juridică la nivelul societăților şi al sistemelor de drept contemporane se realizează prin intermediul transplantului juridic. Acesta este întâlnit în simplul proces de ameliorare legislativă demarat de către legiuitorul național, în procesul de tranziție de la comunism la democrație şi economia de piață prin care au trecut fostele state socialiste din Europa centrală şi de Est, în procesul de consultanță juridică la nivel internațional, în procesul de adjudecare juridică realizat de judecătorii naționali sub diverse presiuni internaționale, în procese de unificare regională a dreptului, precum cel al convergenței juridice europene. În toate aceste cazuri, dreptul comparat poate interveni explicativ, pentru a produce cunoaştere pură, dar poate interveni şi proiectiv, putând, aşa cum precizează E. Örücü, să ofere „planuri pentru importatorii de modele" (Örücü, 2004: 208). El poate oferi, de exemplu, actorilor dreptului românesc, într-un context epistemologic particular, un model de abordare a problematicii transplantului juridic într-un climat al schimbării juridice marcat de tot mai dese şi insistente, voluntare sau involuntare, influențe externe.

Secțiunea a 5-a. Dreptul românesc între transplantul juridic comunitar şi cultura juridică națională

§1. Actualitatea teoriei formelor fără fond în contextul integrării europene a României[1]

Aspectele prezentate mai sus scot în evidență un surprinzător fond comun de idei între teoria actuală a transplantului juridic şi teoria românească a formelor fără fond, precum şi o evidentă actualitate a problematicii

[1] Această secțiunea are la bază lucrarea noastră *Dreptul comparat contemporan şi actualitatea teoriei formelor fără fond*, în revista Pandectele Române. nr. 4/2009, pp. 39-67.

raportului dintre dreptul importat şi societatea importatoare. Spaţiul juridic comun european, în care sistemul de drept românesc tinde şi trebuie să se integreze, este expresia cea mai clară a nevoii de a conştientiza această problematică şi de a găsi răspunsuri concrete şi utile dificultăţilor şi aspectelor delicate rezultate din interacţiunea continuă dintre cele două tradiţii juridice europene (romano-germanică şi *common law*), precum şi dintre diversele sisteme de drept ale statelor membre ale Uniunii. La fel ca şi elita românească în urmă cu mai bine de 100 de ani, elita juridică europeană, recunoscând firescul şi utilitatea importului juridic, se întreabă astăzi care sunt efectele pozitive şi negative ale convergenţei juridice bazate pe import juridic, dacă dreptul impus de sus de către legiuitor (unificarea descendentă a dreptului) nu este cumva mai puţin funcţional decât un drept creat organic prin dialogul constant al actorilor dreptului (unificarea ascendentă a dreptului), caută răspunsuri cu privire la ceea ce se poate importa şi în ce condiţii, cu privire la criteriile importului juridic de succes şi fixează limitele ontologice, epistemologice, culturale şi sociale ale importului juridic. Tezele intensei polemici româneşti pe marginea importului de instituţii şi idei din secolul al XIX-lea pot fi reluate astăzi, organic, în cadrul unei dezbateri care să permită elitei juridice româneşti să determine corect poziţia dreptului românesc în raport cu cel comunitar.

În literatura juridică din România ultimelor decenii există două tipuri de atitudini faţă de deja celebra şi mult discutata teorie a formelor fără fond, în special faţă de rolul acesteia în dezvoltarea dreptului românesc. Marea majoritate a lucrărilor juridice, în particular cele de istoria dreptului românesc, ignoră problema, mulţumindu-se, cel mult, să facă trimitere indirectă la prezenţa ei. **Val. Al Georgescu**, fără a folosi sintagma „forme fără fond", evaluează problema importului juridic românesc de la mijlocul secolului al XIX-lea ca pe o simplă şi firească trecere spre un drept propriu, creaţie a poporului român (Georgescu, 1987: 57). Există, totuşi, câteva monografii (Banciu, 1996: 40-43; Banciu, 2001: 67-70; Carp, 2003: 192 şi urm.) care dezbat problema construcţiei dreptului românesc în contextul teoriei formelor fără fond. Toate aceste lucrări fac, fireşte, referire la crearea dreptului românesc modern la mijlocul şi în a doua jumătate a secolului al XIX-lea. Astfel, ancorarea în istorie face din teoria formelor fără fond, contextualizată juridic, o simplă etapă, necesară, dar depăşită, a evoluţiei dreptului la români. Problema importului juridic la nivelul acelui palier istoric trebuie să fie astfel conştientizată, enunţată, eventual analizată, iar, în final, părăsită, în momentul trecerii la abordarea unei alte etape din istoria construcţiei dreptului românesc modern. În consecinţă, evoluţia dreptului românesc în perioada interbelică, cea comunistă şi chiar postrevoluţionară este abordată, aparent la fel de firesc, fără incidenţe ale problematicii formelor fără fond

sau, mai exact, fără a se ridica întrebări cu privire la existența, dimensiunea, raționalitatea și impactul importului juridic. Din această perspectivă, teoria formelor fără fond pare a fi un caz clasat al istoriei. Asimilarea acesteia cu conservatorismul (Stanomir, 2008: 54 și urm.) n-a făcut decât să-i confere o dimensiune ideologică menită să o alăture piedicilor progresului și modernizării și să o condamne la uitare.

Demersul analitic contemporan referitor la teoria formelor fără fond este, de regulă, unul critic. Astfel, pe măsură ce se scot în evidență acuzele de irealism ale susținătorilor teoriei la adresa formelor juridice importate, este relevată, paradoxal, poziția la fel de irealistă a celor ce susțin teoria formelor fără fond. Pe lângă clasica scoatere în evidență a urgenței și a necesității construcției instituționale a tânărului stat român și modernizarea societății românești înapoiate, importul juridic este justificat prin determinism socio-cultural. Funcționând implacabil, mutând accentul de pe voința subiectivă a omului (politic) pe obiectivitatea normativă a legilor aculturației, teorii ca sincronismul lovinescian sau convergența sistemelor de drept (Carp, 2003: 197) fac inutile acuzele aduse importului juridic și legitimează importul masiv, adesea irațional, al epocii de mijloc a secolului al XIX-lea. Această atitudine se regăsește, de altfel, la nivelul unei bune părți a culturii românești, privită în ansamblu, nu doar la nivelul culturii juridice românești (Schifirneț, 2007: 189). În același timp, este delegitimată dezbaterea legată de necesitatea importului juridic: în condițiile în care transplantul juridic a fost inevitabil sociologic și cultural, analiza rostului acestui demers este inutilă. Toate acestea explică o etapă, justifică secvențial o necesitate a momentului.

Problema nu putea fi însă închisă aici. Având profunde implicații cultural-identitare, cu valențe de orgoliu juridic național, destinul instituțiilor juridice importate în cadrul sistemului de drept național nu putea fi ignorat. Astfel, accentul s-a mutat obsesiv de pe argumentarea inutilității condamnării importului juridic pe relevarea rezultatelor întâlnirii dintre formele importate cu fondul românesc. În aceste condiții, **fondul** nu mai reprezintă datele socio-economice, politice și culturale ale sistemelor de drept străine de unde s-a importat și nici măcar acel fond (românesc) asupra căruia susținătorii teoriei „formelor care creează fondul" (Schifirneț, 2007: 149 și urm.) vedeau a se exercita influența benefică, transformatoare, a instituțiilor (juridice) importate. Dialectica formei (străine) și a fondului (românesc) ne oferă, în mod paradoxal, o sinteză care scoate în evidență un impact modelator al fondului autohton asupra instituțiilor juridice importate. Fondul românesc devine, în consecință, elementul activ, transformator în raport cu instituțiile juridice de import care, deși determină o relativă (re)modelare a fondului, nu au valențe național-identitare. În final, contează mai puțin modul în care formele au reușit să determine transformări pozitive ale fondului sau măsura

în care fondul a deteriorat iremediabil forma. Ceea ce contează este faptul că prognoza lovinesciană a salvării originalităţii naţionale prin intermediul „adaptării şi prelucrării" (Lovinescu, 1997: 353) poate reprezenta o agendă eficientă a afirmării identităţii cultural-juridice naţionale.

În consecinţă, înainte de a fi părăsită, teoria formelor fără fond este transpusă într-o logică a **originalităţii dreptului românesc adaptat** (Guţan, 2008: 17-20). La Val. Al. Georgescu accentul cade pe capacitatea românilor de a crea un drept propriu, proces care, chiar dacă dobândeşte valenţele românizării unui drept străin importat, a rezistat unei *imitaţii neorganice cu raporturi de hegemonie culturală* (Georgescu, 1987: 57). În acest context însă, procesul de unificare a civilizaţiei româneşti prin nivelare, precum şi „imitaţia cu caracter de integralitate" postulate de Lovinescu drept legi ale transplantării civilizaţiei europene la români (Lovinescu, 1997: 353) nu mai corespundeau profilului identitar al culturii juridice româneşti. Prin urmare, a apărut un discurs menit să afirme (uneori pe bună dreptate) justeţea concluziei lovinesciene, fără să accepte restul legilor transplantării enunţate de acesta. Astfel, de exemplu, Codul civil român nu doar că nu a fost o simplă traducere a celui francez, dar „era mai înaintat decât Codul francez în multe privinţe" (Rădulescu, 1970: 184-187), iar din interacţiunea reciprocă între instituţiile juridice importate şi *„fondul local, specific românesc"*, a rezultat *„fondul original şi specific românesc"* (Banciu, 1996: 42). Interesant este că argumentarea parcursului culturii juridice româneşti spre originalitate nu pune accent doar pe capacitatea fondului de a adapta forma importată, ci şi pe capacitatea acestuia de a crea instituţii juridice originale. Astfel, *„sinteza românească*, în geneza şi funcţionarea ei ca drept burghez de tip sud-est-european" a fost rodul unei „lupte pentru afirmarea *originalităţii şi identităţii tehnice* (s.n.)" (Georgescu, 1987: 57) a dreptului român modern. Această constatare este însoţită, firesc, de accentul pus pe diminuarea nevoii legiuitorului român de a face apel la import juridic.

În urma acestor constatări, ar trebui să ne întrebăm dacă închiderea teoriei formelor fără fond într-o paranteză a istoriei ne îndreptăţeşte să gândim evoluţia dreptului românesc, ulterior mijlocului secolului al XIX-lea, ca pe o regăsire a formei (instituţiilor) juridice cu fondul românesc într-o sinergie lipsită de orice fel de conflicte. Orice afirmaţie în acest sens ar fi însă hazardată şi ar crea un tablou incomplet asupra evoluţiei dreptului românesc. De fapt, conflictul dintre forma reprezentată de instituţiile juridice importate şi fondul românesc a fost şi este prezent în permanenţă: având o acuitate mai mică în epoca interbelică, luând forma unui imperialism juridic clasic în perioada comunistă (Guţan, 2004: 76-77) şi cunoscând un reviriment mai mult sau mai puţin neaşteptat în epoca postdecembristă. Mai este însă oportun a vorbi astăzi despre conflictul dintre formă şi fond în dreptul

românesc, chiar dacă suntem conştienţi de dificultatea acestui demers?! Credem că da, mai ales în condiţiile în care asistăm actualmente la un import juridic masiv, cu accente iraţionale, care marchează procesul de integrare a României în UE. Astăzi transplantul juridic nu mai este o opţiune şi nici măcar un fenomen izolat. El este, cel puţin la nivel european, modul firesc, chiar obligatoriu, de construcţie a ordinii juridice comunitare. Europa juridică de astăzi este, în consecinţă, un spaţiu al interacţiunilor cu potenţial conflictual între culturile şi sistemele de drept naţionale, pe de o parte, şi între acestea din urmă şi dreptul european, pe de altă parte. Prezenţa unui centru de putere politică supranaţional şi a aspiraţiilor spre o organizare sistemică ale dreptului comunitar au trezit reacţii de conservare şi au conturat o problematică aparte a transplantului juridic.

Evident, dezbaterea trebuie să fie recontextualizată şi redimensionată. Problema formelor fără fond în dreptul românesc nu se mai pune azi într-un context ideologic care să ofere alternative bine conturate şi polarizate politic ale modernizării României şi, cu siguranţă, nu se pune în contextul unei dezbateri reale cu privire la raportul dintre drept şi modernizare în contemporaneitate. De aceea, abordarea pe care o propunem nu vizează cultura română în ansamblul ei, ci doar cultura juridică românească, cu toate că demersul importului juridic are incidenţă asupra întregii culturi a societăţii româneşti în ansamblu. În acest context contemporan preponderent juridic, problema transplantului juridic nu se mai pune în termenii gradului de civilizaţie, contrapunând civilizaţiile avansate celor înapoiate, ci se accentuează ideea de cultură (juridică) percepută ca un melanj de epistemologie (juridică), mentalitate (juridică) şi praxis (juridic). În condiţiile în care se accentuează specificitatea cultural-juridică, fiecare sistem de drept şi fiecare cultură juridică tind să-şi afirme şi să-şi conserve particularitatea, unicitatea. Nu se poate discuta astăzi în Europa (cel puţin oficial) despre sisteme de drept sau culturi juridice superioare sau inferioare. Tocmai de aceea, mecanismele importului juridic nu mai sunt dominate de legi obiective ale aculturaţiei şi sincronismului, ci de competiţie juridică şi politică între sisteme de drept egale în şansa de a fi percepute ca modele juridice. În acest context, sistemul de drept românesc şi cultura juridică românească trebuie să-şi reevalueze poziţia faţă de reforma prin import juridic. Modul în care se construieşte astăzi dreptul în Europa, obsesia conservării pluralităţii şi diversităţii culturilor juridice condamnă inevitabil la reflecţie şi manifestare identitar-juridică. Astăzi nu se mai pune problema originalităţii cultural-juridice, ci se ridică acut problema manifestării şi păstrării identităţii juridice naţionale[1]. În aceste condiţii, teoria formelor fără fond se poate transforma nu doar într-o expresie epistemologică a culturii juridice româneşti contemporane, ci şi într-o soluţie

[1] A se vedea *supra*, Capitolul VI, secţiunea a 6-a.

specific românească la problema întâlnirii dintre identitatea cultural-juridică românească şi procesul convergenței juridice europene.

§2. O epistemologie românească a transplantului juridic: teoria formelor fără fond

Teoria formelor fără fond a început, după 1860, cu o simplă constatare empirică: evidența unei enorme discrepanțe între România „legală" şi România „reală", golul dintre instituțiile importate în toate dimensiunile vieții româneşti, pe de o parte, şi realitățile socio-politice şi economice, pe de altă parte. Teoria a fost lansată la maxima ei intensitate ideatică atunci când Titu Maiorescu (1840-1917) a criticat aspru, într-un celebru articol publicat în *1868, În contra direcției de astăzi în cultura română, efectele negative ale importului instituțional (juridic) în societatea românească*. De atunci, reacții intelectuale diverse au fost direcționate, în principal, spre importul instituțional, în încercarea de a cuprinde identitatea națională dincolo de învelişurile sale artificiale. Interconectarea dintre cultura şi societatea românească, pe de-o parte, şi instituțiile importate, pe de altă parte, nu a fost obiectul analizei exclusive a unui mic grup de profesionişti ai dreptului. Dimpotrivă, problema a fost analizată pe larg de doctrinari, avocați, istorici, sociologi, filologi, filosofi, antropologi şi economişti şi a marcat dialogul intelectual românesc chiar şi în perioada interbelică. Aşadar, această aşa-zisă teorie nu a fost o încercare sistematică, rațională şi ştiințifică, de a gestiona fenomenul importului juridic instituțional. A fost, mai degrabă, o sumă de reacții intelectuale autentice la o situație delicată socială, culturală şi economică, îndreptată, din diverse perspective ideologice, spre critica, explicarea şi reformularea procesului de modernizare (juridică) în România. Nucleul lor comun rezida în evaluarea rolului importului instituțional în acest proces de modernizare şi gestionarea sa în contextul unei creşteri a crizei identitare româneşti. Datorită locului important deținut de ingineria juridică în acest context, importul juridic a fost un punct important al acestei dezbateri. În acelaşi timp, datorită puternicului impact asupra societății româneşti, transplantul constituțional şi Constituția din 1866 au ținut prima pagină a acestei dezbateri intelectuale.

În ciuda lipsei sistematizării, teoria formelor fără fond poate oferi un set coerent de idei despre legătura dintre drept şi societate, despre dreptul importat şi fundalul socio-cultural al societății importatoare; despre necesitatea, sursele şi dimensiunea importului juridic, inclusiv despre rolul elitei juridice în acest proces; despre echilibrul dintre tradiția juridică şi dreptul străin ca furnizori de soluții juridice; despre condițiile succesului instituției importate în societatea receptoare; despre necesitatea unei inginerii juridice de sus în jos şi despre legătura sa cu o modernizare juridică de jos în sus.

Principalele categorii ale dezbaterii sunt „formă" şi „fond", folosite mai mult sau mai puțin explicit într-o largă paletă de perspective ideologice, dar acoperind, în final, o semnificație unică: formele înseamnă, de obicei, instituțiile culturale, în general, sau instituțiile juridice/constituționale, în special, importate din Europa de Vest; fondul înseamnă, de obicei, cultura generală a societății româneşti, tradițiile sale, comportamentele sale. Legătura dintre ele, cuprinsă în celebra formulă „forme fără fond", este concludentă nu doar pentru concluzia aparentă că „forma" nu se potriveşte cu „fondul", ci şi pentru un întreg set de probleme privind „de ce fondul are nevoie de forme", „ce se poate face ca forma să se potrivească cu fondul", „de ce ar trebui să prețuim mai mult fondul decât formele". Astfel, teoria formelor fără fond nu este doar descriptivă, explicativă sau chiar critică, este şi proiectivă. Ea poate fi înțeleasă ca un plan pentru reuşita viitoare a schimbărilor juridice/constituționale prin import juridic/constituțional. Accentul pus pe fond nu este o simplă preocupare pentru o eficiență juridică înțeleasă ca o coordonare pozitivă între cultura românească şi importul juridic. Este mai degrabă o perspectivă conservatoare inserată într-un proces de conştientizare a identității naționale şi juridice. Este o încercare de a capta în mod conştient identitatea sinelui cultural şi juridic românesc. Este relevantă, în acest sens, compararea dreptului şi culturii (juridice) româneşti cu altele străine, realizată în contextul teoriei formelor fără fond. Deşi demersul nu a fost unul metodologic şi nici unul profund, el a creat adesea contextul necesar pentru diferențiere cultural-juridică (Guțan, 2013: 249-252).

Revalorificarea în plan cultural-juridic a raportului dintre formă (dreptul importat) şi fond (trăsăturile culturale generale şi cultural-juridice ale societății româneşti) poate să ne ofere următoarele repere ideatice în ceea ce priveşte modul în care românii au înțeles problematica transplantului juridic:

2.1. Transplantul juridic, ca modalitate de construire a dreptului (național), este firesc şi cu aplicabilitate universală (fondul nu se poate dezvolta fără formă)

Este o certitudine, dezvoltarea dreptului a avut şi are loc, în cea mai mare parte a cazurilor, prin intermediul transplantului juridic (Watson, 1993: 7-9). Modul în care s-a construit, în trecut, dreptul românesc vine în sprijinul acestei teze. Modul în care se construieşte astăzi spațiul juridic comun european este şi el un exemplu cât se poate de ilustrativ în acest sens. Nu se mai poate vorbi astăzi despre dezvoltarea dreptului exclusiv prin resursele culturale interne ale societății unde acesta este creat. Dreptul se dezvoltă prin import juridic, adeseori irațional, fără să aibă neapărat legătură cu contextul socio-economic şi cultural al societății în care se importă. Astfel,

abordat din perspectiva istoriei comparate a dreptului, precum şi din cea a teoriei watsoniene, importul juridic românesc realizat în secolul al XIX-lea nu apare ca fiind altceva decât unul dintre exemplele banale ale unui proces normal cu valenţe de universalitate şi perpetuitate. Perspectiva maioresciană sau eminesciană (Schifirneţ, 2007: 87-88) a fondului care creează organic forma este contrazisă de realitatea trecută şi actuală a dezvoltării dreptului.

În contextul unei de dorit recuperări a problematicii importului juridic în spaţiul cultural-juridic românesc, conştientizarea firescului importului juridic nu ar trebui să fie un imbold spre renunţare la dezbatere, ci un prilej de revalorificare ideatică a trecutului şi de complexă înţelegere a prezentului juridic al României. Nevoia orgolioasă de a minimaliza şi chiar ignora prezenţa importului juridic, remarcată în literatura juridică românească, ar trebui să facă loc unui discurs despre semnificaţiile şi importanţa reală a importului juridic în istoria şi contemporaneitatea dreptului românesc. Ar trebui recuperate, de exemplu, ideile fecunde ale lui Al. Xenopol care, admiţând necesitatea importului juridic, recomanda o concentrare a analizei pe raţionalizarea acestui proces (Schifirneţ, 2007: 151). În aceste condiţii, obsesia istoricilor, sociologilor, filosofilor culturii, juriştilor români de a explica de ce a avut loc importul/aculturaţia juridică ar putea trece pe un binemeritat loc secundar şi ar trebui adusă în prim-plan o analiză care să se concentreze mai explicit şi fără orgoliu asupra lui când, cum, cât şi din care sistem de drept au fost făcute importurile juridice, circumstanţelor în care ele au avut succes sau au eşuat, precum şi impactului lor asupra noului lor context socio-economic şi cultural (Schlesinger, Baade, Herzog, Wise, 1998: 309; Watson, 1978: 316; 317-318). Evident, nu se pune problema eliminării complete a dezbaterii asupra cauzelor importului juridic românesc, dar această abordare trebuie realizată în strânsă corelare cu analiza critică a efectelor acestuia. Este uşor observabil că adaptarea formelor juridice importate la fondul românesc s-a realizat aşa cum prognoza Lovinescu, dar este util de scos în evidenţă modul concret în care s-a împlinit acest lucru. Nu trebuie să ne ferim de dezbaterea legată de soarta adaptării dreptului importat în România modernă. De exemplu, în contextul aplicării Constituţiei din 1866, ar trebui să fie depăşită atât analiza pozitivistă, limitată la textul actului fundamental, cât şi abordarea pozitiv-generalizatoare a modului în care a fost aplicată, bazată pe ignorarea efectelor reale ale distorsionării regimului parlamentar de către viaţa constituţională. Aşa vom avea o şansă reală să ne înţelegem mai bine eşecurile şi să valorificăm mai bine succesele în plan juridic.

Conştientizarea firescului transplantului juridic ar trebui, în consecinţă, să potenţeze evidenţierea prezenţei acestuia în datele prezente ale sistemului de drept românesc şi să determine o analiză a dreptului românesc

contemporan la latitudinea importului juridic. În acest context, corelarea prezentului cu trecutul poate fi astăzi cât se poate de fecundă pentru cultura juridică românească, prin valorificarea şansei de a exploata propriile experienţe în materie de import juridic. Teoria formelor fără fond se poate constitui în prezent într-un model explicativ care să confere o logică proprie întregii evoluţii spre modernitate a dreptului românesc şi care să ofere actualei construcţii juridice româneşti, în context european, un parcurs cu sens. Astfel, teoria formelor fără fond poate deveni şi un model educativ, putând determina o nouă atitudine ideatică faţă de procesul integrării juridice europene şi oferi instrumentele necesare conturării unui răspuns românesc la problema actuală a transplantului juridic european.

2.2. Pentru atingerea unor obiective politice şi economice specifice, ingineria cultural-juridică este acceptată (forma creează fondul)

Teoria românească a formelor fără fond a scos foarte clar în evidenţă utilitatea, oportunitatea şi necesitatea importului (juridic) în momentul în care miza reală aflată în joc este însăşi forma. Construcţia statului român modern în secolul al XIX-lea, ca garanţie şi expresie identitară a naţiunii române, a fost miza reală a importului masiv de instituţii juridice realizat de către clasa politică românească (Schifirneţ, 2007: 116). Efectele reale ale formei asupra fondului românesc au fost adesea ignorate, în speranţa realizării teoretice a unei remodelări a fondului românesc de către forma importată. Perspectiva poate fi regăsită şi astăzi în contextul integrării europene. Aici elitele politice, economice şi juridice se concentrează asupra construcţiei unui spaţiu politic şi economic prin intermediul unui demers juridic formal care tinde să ignore sau chiar să elimine specificităţi culturale şi cultural-juridice. UE, prin intermediul dreptului european, se impune, cu necesitate, ca o structură cu aspiraţii statale ale cărei şanse de dezvoltare şi reuşită depind de consolidarea pârghiilor juridice. În acest scop, instituţiile juridice formale, principiile dreptului european tind să fie dublate de o epistemologie juridică specifică ce este menită să-i confere acestuia o substanţă proprie. Europenizarea dreptului naţional, în acest context, nu vizează doar asumarea normelor şi a principiilor juridice, ci şi a coordonatelor cultural-juridice proprii ale dreptului european. Tocmai de aceea, se vorbeşte tot mai mult de schimbarea, în sensul europenizării, a modului de a defini, înţelege, descoperi, interpreta şi aplica dreptul la nivelul juriştilor statelor membre ale Uniunii. Pentru aceasta, o inginerie cultural-juridică, alături de una normativ-juridică, este intens promovată. Cu alte cuvinte, forma importată încearcă să modeleze fondul societăţii importatoare, dar nu pentru a-i conferi dimensiuni particulare, ci pentru a încerca să inducă fondul propriu.

Valorificarea experienţelor româneşti în materie de import juridic arată însă că un demers de genul celui amintit este dificil şi riscant. Procesul de modelare a fondului românesc sub presiunea formei a demonstrat caracterul iluzoriu al speranţei de a recrea fondul originar al formei importate. Dimpotrivă, se pot remarca la nivelul istoriei dreptului românesc cazuri de neputinţă a formei de a determina o transformare pozitivă a fondului românesc. Tocmai de aceea, aşa cum vom observa mai jos, chiar dacă teza formelor care creează fondul este utilă în contextul actualei construcţii juridice europene, ea nu poate ignora nevoia dreptului importat de a fi compatibil cu cultura (juridică) a societăţii importatoare.

2.3 Importul juridic este firesc, dar trebuie să fie făcut atunci când este necesar (forma completează fondul)

Momentul când trebuie să aibă loc importul (juridic) este un reper central atât pentru modul în care se realizează preluarea instituţiilor juridice străine – raţional sau iraţional –, cât şi pentru efectele acesteia. Vechea dezbatere românească asupra **necesităţii** a avut atât conotaţii temporale, punând accent pe valorificarea **momentului**, cât şi accente legate de **capacitatea** societăţii româneşti de a face faţă importului (juridic) raportat la **moment**. Opiniile au dobândit direcţii diferite, în funcţie de valorificarea formei sau a fondului. Adepţii formei au vehiculat ideea **urgenţei** ca o justificare a importului (juridic) raportată la o formulă de comprimare a timpului. Urgenţa postulează forma în defavoarea fondului, fiind, de regulă, instrumentul firesc al importului (juridic) masiv şi iraţional. În ceea ce priveşte ideea sugerată de textele maioresciene conform căreia forma trebuie să aştepte maturizarea fondului pentru a fi importată, ea poate şi trebuie să fie astăzi reconsiderată. Momentul importului juridic trebuie să fie şi astăzi acela al necesităţii, dar nu al necesităţii de a alinia formal sistemul de drept românesc la instituţii juridice străine, ci al necesităţii ca dreptul străin să vină în completarea dreptului românesc doar în momentul în care cultura juridică românească şi-a epuizat toate resursele. Acest lucru se va putea realiza, pe de o parte, doar în funcţie de măsura în care elita politico-juridică românească va înţelege să vehiculeze discursul *urgenţei* şi, pe de altă parte, în măsura în care motorul importului juridic nu va fi mutat din interiorul societăţii româneşti în afara acesteia. Din nefericire, dar cât se poate de firesc, urgenţa modernizării are şi astăzi aceleaşi funcţii de comprimare temporală cu consecinţe nefaste asupra cantităţii de drept importat. În acelaşi timp, obiectivarea demersului de import juridic, prin transferarea în afara societăţii româneşti a deciziei cu privire la cantitatea, calitatea şi momentul importului juridic, pare a fi un proces ireversibil, făcând inutilă orice fel de dezbatere. Aşa cum în trecut teoria sincronismului cultural a sugerat inutilitatea oricărei discuţii despre

utilitatea importului, din cauza inevitabilității acestuia, actualmente integrarea României în UE poate să relanseze același tip de atitudine ideatică. Nici măcar aprecierea pregătirii societății românești pentru momentul importului juridic nu a mai rămas la latitudinea românilor: Comisia europeană a stabilit pentru noi acest lucru prin rapoartele ei anuale de monitorizare. Acest proces al integrării juridice europene pare a fi înlăturat deocamdată ideea **formei care completează fondul** în favoarea ideii că **forma completează fondul atunci când dorește ea.**

2.4. Importul juridic poate produce dezechilibre culturale și cultural-juridice în societatea importatoare (forma irită fondul)

Orice instituție juridică ce nu se naște din cultura juridică a unui popor reprezintă o iritare a sistemului de drept importator. În funcție de modul în care societatea importatoare se raportează la dreptul importat, această iritare poate fi pozitivă sau negativă. Evident, toate transplanturile juridice care nu sunt raționale (realizate atunci când este organic necesar și cu o completă evaluare a soluțiilor juridice, interne și externe), *i.e.* fie acceptate de bunăvoie, fie impuse, reprezintă un iritant juridic negativ pentru un anume sistem de drept național importator. Ca urmare, soluția juridică importată poate fi ignorată sau respinsă, dând expresie organică la ceea ce numim forme fără fond.

Dacă luăm în calcul importul masiv și adesea irațional de instituții juridice în perioada construcției României moderne, prezența unei intense iritări a societății românești de către dreptul importat a fost inevitabilă. Iritarea a dobândit în acest caz valențe prin excelență negative, vizând atât ignorarea de către societate a instituțiilor juridice importate cât, și reacția negativă de respingere. Simptomatică pentru primul caz a fost ignorarea, chiar de către elita politico-juridică ce realizase importul, a Codului civil edictat la 1864, care, prin prevederile sale liberale în materie de contracte și obligații, incomoda agenda de exploatare neo-feudală a muncii țăranului. Legislația învoielilor agricole din 1866 stă deplin mărturie pentru acest demers (Cernea, 2001: 40 și urm.). Percepută ca un fenomen cu dimensiuni naționale, ignorarea legii importate de către societatea românească devine la Eminescu un reper ideatic esențial pentru viziunea sa asupra formelor fără fond (Schifirneț, 2007: 96). Un exemplu evident de iritare culturală a societății românești, soldată cu respingerea dreptului importat, a fost urmarea preluării complet nejustificate, de către Codul civil român, a spiritului anticlerical și antireligios al Codului civil francez de la 1804. Reacția dură a societății românești (Guțan, Suppliment 2005: 165 și urm.) este edificatoare pentru modul în care importul juridic poate irita, ca să-l amintim pe Teubner, „legăturile obligatorii" ale dreptului cu societatea. C-tin Dobrogeanu-Gherea

a sintetizat cel mai bine tot acest ansamblu de fenomene, scoţând în evidenţă unul din paradoxurile formelor fără fond: „deşi avem un sistem de legalitate, totuşi ţara trăieşte sub un regim de ilegalitate" (Schifirneţ, 2007: 114). Astfel de exemple scot cu claritate în evidenţă consecinţele importului juridic iraţional care nu ia în calcul specificul cultural şi cultural-juridic al societăţii importatoare. Un import juridic ce irită profund negativ datele culturale ale societăţii importatoare a putut da naştere în trecut, în discursul românesc, şi poate da naştere şi astăzi unor constatări relative la inutilitatea, irealitatea şi inconsistenţa transplantului juridic. Insistenţa cu care P. Legrand scoate în evidenţă consecinţele imposibilei convergenţe între tradiţiile juridice europene şi defineşte ca „himeră" orice demers de a crea o concordanţă între acestea este o perpetuă variaţiune pe această temă (Legrand, 1996: 81).

2.5. Importul juridic poate determina o inadecvare funciară a instituţiilor juridice importate la dimensiunea culturală a societăţii importatoare (fondul distorsionează forma)

Orice instituţie juridică importată şi adaptată, constată astăzi dreptul comparat, se transformă sub influenţa societăţii importatoare. E firesc să se întâmple acest lucru, aşa cum este firească imposibilitatea creării în societatea importatoare a tuturor parametrilor funcţionali ai instituţiei importate care se regăsesc în societatea exportatoare. Aici P. Legrand are perfectă dreptate. Societatea importatoare este în măsură să adapteze şi să asimileze dreptul importat, dar, deşi se poate discuta aici despre o iritare pozitivă a fondului de către formă, nu ne găsim neapărat în situaţia de a discuta despre transplant juridic de succes. Iar asta din cauză că societatea importatoare poate să distorsioneze într-atât dreptul importat încât acesta să nu îndeplinească finalitatea pentru care a fost transplantat.

Experienţa interferenţei dreptului importat cu realităţile socio-culturale ale societăţii româneşti a ultimelor decenii ale secolului al XIX-lea şi începutului de secol XX a scos în evidenţă, cu prisosinţă, efectele adaptării fără succes a instituţiilor juridice importate. Distorsionarea formei de către fond a fost consecinţa firească a prezenţei unei iritări masive şi negative a societăţii româneşti de către dreptul importat. Interesant este faptul că, încercând să facă o radiografie a acestui proces de distorsionare funcţională a instituţiilor juridice importate, intelectualitatea românească a făcut o distincţie cât se poate de actuală astăzi: s-a sugerat o diferenţă, pe de o parte, între eşecul unui import juridic iraţional, care nu a ţinut cont de realele nevoi şi de particularităţile culturale ale societăţii româneşti, şi, pe de altă parte, eşecul datorat unei incapacităţi de adaptare a instituţiilor juridice importate, deşi,

cel puțin la nivelul momentului, al necesității, al cantității și al locului de unde s-a realizat importul juridic, acesta fusese rațional. C-tin Dobrogeanu-Gherea scotea în evidență, foarte plastic, faptul că specificitatea culturală a unui popor poate să determine „schimonosirea" unor instituții al căror import a fost necesar (Schifirneț, 2007: 108). Acest lucru demonstrează că procesul de adaptare originală susținut de Lovinescu nu este un scop în sine și că funcționalitatea, în anumiți parametri ai societății exportatoare, a instituției importate este esențială. S-ar putea spune, de exemplu, că regimul guvernamental pe care l-a avut România modernă, cu precădere în perioada domniei regelui Carol I, a avut conotații original-românești, dar nu e mai puțin adevărat faptul că el a fost rezultatul unei distorsionări destul de grave a regimului parlamentar importat, în epocă, din dreptul belgian. În consecință, trebuie precizat că românizarea dreptului importat nu este finalitatea reală a importului juridic. Finalitatea reală a importului juridic este de a oferi sistemului de drept românesc, culturii juridice românești, societății românești în ansamblu sprijinul, remediul, efectul, rezultatul pentru care s-a apelat la import juridic.

2.6. Importul juridic trebuie să aibă succes (fondul asimilează forma)

În contextul unui discurs continuu al intelectualității românești despre insuccesul importului juridic, s-a ridicat, inevitabil, problema condițiilor în care trebuie realizat importul juridic pentru ca acesta să aibă succes. A.D. Xenopol, adept al reformei prin intermediul importului juridic, se pronunță cu claritate în favoarea unei raționalizări a acestuia care să aibă în centru evaluarea prealabilă a particularităților societății românești înainte de a se demara importul. Apelul la discernământ făcut de Xenopol (*idem*: 151) sau cel la spirit critic al lui G. Ibrăileanu (*idem: 156*), al unui Maiorescu împăcat cu fatalitatea importului (*idem*: 74) sau al lui C-tin Dobrogeanu-Gherea (*idem: 112*) face trimitere atât la valorificarea resurselor fondului, cât și, implicit, la luarea în considerare a alternativelor existente pe piața modelelor juridice. Demersul selecției în funcție de necesitățile reale ale românilor, alături de apelul la instituții juridice care să se potrivească particularităților cultural juridice ale societății românești induc ideea de comparare juridică (*idem*: 193). Astfel indusă, teza respectivă vine în întâmpinarea ideii contemporane conform căreia dreptul comparat se poate contura ca un instrument rațional al importului juridic care să creeze condițiile necesare succesului acestuia (E. Örücü). Întreaga istorie a importului juridic românesc, la nivel ideatic, instituțional și faptic, conduce cu necesitatea spre această concluzie. Acest drept comparat ar trebui să fie însă un instrument eficient și utilizat corect. Faptul că în diversele dezbateri parlamentare

românești din trecut s-a făcut referire la sistemele de drept ale altor state nu reprezintă un demers comparativ real, ci mai curând o invocare perpetuă a argumentului autorității făcută de pe pozițiile admiratorului subjugat de prestigiul sistemului de drept apelat. De aceea, în mod corect, Xenopol face trimitere la analiza contextelor de aplicabilitate a legilor preluate din alte culturi juridice şi sisteme de drept (*idem*: 153), ceea ce prognozează metoda funcționalistă utilizată astăzi în compararea dreptului. Acest lucru anulează prestigiului calitatea de cauză primordială a importului juridic şi postulează o alegere rațională între sisteme de drept privite ca surse egale de import juridic.

Compararea juridică, oricât de bine ar fi utilizată, nu ar oferi altceva decât contextul instrumental care creează condițiile succesului importului juridic. Având în vedere că acest succes nu se regăseşte în adaptarea pur şi simplă a dreptului importat la societatea importatoare, ci în atingerea finalității respectivului import juridic, este necesară o evaluare a fenomenului transplantului juridic de succes în toată evoluția sa, de la demersul comparativ la preluarea efectivă a instituției sau normei juridice, culminând cu modul în care aceasta s-a integrat şi funcționează în societatea importatoare. Faptul că cineva demonstrează că o anume instituție juridică a fost importată în sistemul de drept românesc, în urma unui demers relativ de comparare a alternativelor şi de evaluare a necesităților societății româneşti, poate reprezenta, într-adevăr, un argument în favoarea pregătirii raționale a importului juridic, dar nu un argument suficient că importul respectiv a fost de succes, deci cu adevărat rațional.

Mai există un aspect al dezbaterii formelor fără fond ce poate fi valorificat. Românii au înțeles, mai ales în epoca de debut a construcției dreptului românesc modern, prin finalitate a importului juridic nu atât completarea unui sistem de drept deja funcțional, ci construcția unuia care să funcționeze la parametrii sistemului de drept exportator. Teoria liberală a formelor care creează fondul nu reprezintă altceva decât manifestarea acestei speranțe într-un orizont de aşteptare teoretic. Este iluzoriu însă, iar timpul a demonstrat-o şi dreptul comparat contemporan a conceptualizat-o, a crede că se pot crea în societatea importatoare toți parametrii sociali, economici şi culturali de funcționare specifici instituției importate în societatea exportatoare. În acelaşi timp, iar teoria formelor care creează fondul a ilustrat perfect acest aspect, o instituție juridică importată nu-şi va putea atinge finalitatea dacă societatea importatoare nu va reuşi să asigure un minimum din parametrii funcționali ai instituției importate. Pentru ca acest lucru să se realizeze însă, intelectualitatea românească a intuit că adaptarea cu succes a instituției importate trebuie să fie susținută de transformări în cultura juridică (deci în modul în care juriştii români gândesc, vorbesc, scriu,

interpretează şi aplică dreptul), precum şi în cultura generală a societății româneşti. Fără aceste transformări, adaptarea dreptului importat va conduce la o posibilă distorsionare şi la eşecul transplantului juridic. Cu alte cuvinte, o inginerie cultural-juridică este necesară pentru ca importul juridic să aibă succes. Astfel, dacă, împotriva ideii lui P. Legrand conform căreia datele cultural-juridice ale unui popor nu se pot schimba, susținem că transformarea epistemologiei şi a praxisului juridic este posibilă, acest aspect poate deveni cheia transplantului juridic de succes.

§3. Teoria fondului care creează forma este depăşită?

Ideea conform căreia cheia transplantului juridic de succes ar putea consta într-o inginerie cultural-juridică menită să determine transformări epistemologice şi de praxis în cultura juridică ar putea fi, prin urmare, valorificată şi în ceea ce priveşte evoluția şi şansele de succes ale transplantului juridic european în România contemporană. Soluția ar putea consta într-o îmbinare eficientă între, pentru a utiliza actualele concepte ale construcției juridice europene, teoria convergenței ascendente a dreptului cu teoria convergenței descendente a dreptului (van Gerven, 2004: 160-162). Pentru a avea succes, construcția juridică europeană ar trebui să aibă în vedere atât nevoia de a ține cont de specificitatea culturilor juridice naționale, cât şi nevoia de a determina, în mod natural şi nu de sus în jos, schimbări în direcția unui mod comun de a înțelege şi aplica dreptul în Europa. Doar o astfel de cultură juridică europeană comună ar putea oferi parametrii necesari pentru a asigura reuşita transplantului juridic comunitar. Doar o astfel de cultură juridică europeană la care cultura juridică românească să fie parte ar putea susține integrarea şi aplicarea masei enorme de drept european în sistemul de drept românesc. Până la urmă, după cum se observă, teoria fondului care creează forma este încă actuală, dar nu poate fi valorificată decât împreună cu teoria formelor care creează fondul.

Acest lucru înseamnă o schimbare radicală de perspectivă în ceea ce priveşte modul în care cultura juridică românească s-a raportat tradițional la transplantul juridic, invocând ideea lovinesciană a adaptării originale a formei importate la fondul românesc. Procesul de adaptare care urmează procesului de aplicare a dreptului european în sistemul de drept românesc este firesc, iar absorbția dreptului european, fără rezistențe şi respingeri majore, poate părea un succes. Abordarea ar fi una firească, mai ales având în vedere bogata experiență românească în acest sens. Din nefericire, problema nu se mai poate pune, în acest context, în termenii orgolioasei tradiții româneşti a dreptului adaptat. „Românizarea" dreptului european (fondul care recreează forma) nu mai poate fi o soluție de atenuare, în

planul imagisticii cultural-juridice, a efectelor transplantului juridic irațional printr-un balans, avantajos pentru națiune, între nevoia de prezervare a identității juridice naționale şi obligația asumată de a transplanta. Cel puțin ca atitudine epistemologică, dacă nu şi practică, trebuie înțeles faptul că integrarea juridică europeană, bazată pe adaptarea dreptului comunitar la dimensiunile cultural juridice ale statelor membre, nu presupune o naționalizare a dreptului comunitar printr-un proces de ajustare cultural-juridică bazat pe reținerea în organismul juridic românesc a elementelor tolerabile şi pe respingerea celor incompatibile cultural şi nici pe asumarea de noi finalități (româneşti).

Pentru evitarea acestor efecte, trebuie adoptată o atitudine conştientă care să descopere şi să asume problemele sistemului şi culturii juridice româneşti în raport cu integrarea europeană. Cu alte cuvinte, transplantul juridic european trebuie luat în serios. Trebuie conştientizat că ne aflăm în prezența unui import juridic unde contează mai puțin cauzele cât efectele. În trecut, am avut o hermeneutică a efectelor transplantului juridic, dar orientată spre recuperarea orgolioasă a identității juridice naționale. Efectele transplantului juridic comunitar nu sunt, însă, orientate național, ci european (Guțan, 2008: 44-45). Prin urmare, ar trebui să fim sensibili atât la valorile comune europene, cât şi la finalitățile construcției juridice europene. Teoria formelor fără fond ne arată că, în anumite condiții, este necesar ca fondul să fie modelat de formă. În consecință, nu se pune doar problema de a recurge doar la un import formal de instituții, care să modifice doar structural şi formal sistemul de drept românesc. Este nevoie de acceptarea necesității unei transformări de mentalitate şi de praxis în materie de cultură juridică. Pe de altă parte, tot teoria formelor fără fond ne învață că, pe măsură ce formele acționează asupra fondului, acesta din urmă, la rândul său, trebuie să acționeze asupra formelor. Cultura românească în genere, cultura juridică românească, în specie, trebuie să acționeze asupra instituțiilor juridice europene, adaptându-le la particularitățile identității cultural-juridice româneşti. Pentru acest lucru însă, este nevoie nu doar de conştientizarea existenței unui sine juridic românesc, ci şi a existenței unor particularități care-i conferă identitate. Acest lucru se va întâmpla însă doar în condițiile unui discurs continuu şi reflexiv cu privire la coordonatele cultural-juridice naționale.

Cu certitudine, utilizarea deopotrivă a perspectivei formelor care modelează fondul şi a perspectivei fondului care acționează asupra formelor nu conduce, teoretic, la un blocaj ori la efecte negative. Nu atâta timp cât cei care ne exportă formele juridice şi actorii culturii juridice româneşti sunt conştienți şi deschişi spre găsirea unui consens. Acest aspect înseamnă, evident, **dialog**. În acest scop, de exemplu, corpul judecătoresc românesc

ar trebui să fie cel mai deschis spre ingineria cultural-juridică practicată de CEJ, încercând să participe la comunitatea epistemologică de al cărei discurs despre drept, praxis (metodologia judiciară) şi mentalitate depinde esenţial succesul UE. Este adevărat că aceste transformări în praxis şi mentalitate nu pot să aibă loc peste noapte, dar ar trebui să se creeze cel puţin contextul informaţional şi formaţional necesar comunicării datelor noii culturi juridice europene. În acest context, învăţământul juridic ar trebui să aibă un rol central ca instrumentul formator cel mai eficace. Acest dialog ne va învăţa să cunoaştem mai bine partenerii de dialog cultural-juridic, să înţelegem care sunt aşteptările celorlalţi de la noi în materie de transformare cultural-juridică şi, totodată, să înţelegem mai bine care sunt posibilităţile şi limitele noastre în materie de inginerie cultural-juridică. De-a lungul acestui dialog va putea avea loc o necesară remodelare a culturii juridice naţionale, în care să ne regăsim identitar. Doar în aceste condiţii, elita juridică românească va putea participa, de pe poziţii egale şi în cunoştinţă de cauză, la una din cele mai delicate provocări ale construcţiei europene: conflictul dintre, pe de o parte, nevoia unităţii şi coerenţei sistemului economic al UE, bazat pe un drept armonizat/uniformizat aplicat în mod unitar de către instanţele statelor membre, şi, pe de altă parte, nevoia de conservare şi de perpetuare a identităţii cultural-juridice naţionale.

BCU IASI / CENTRAL

Bibliografie

Ajani, Gianmaria, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 43/1995, pp. 93-117;

Banciu, Angela, *Istoria vieții constituționale în România (1866 – 1991)*, Ed. Casa de editură şi presă Şansa SRL, Bucureşti, 1996;

Banciu, Angela, *Istoria constituțională a României. Deziderate naționale şi realități istorice*, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2001;

Bell, John, *French Legal Cultures*, Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 2001;

Bell, John, *De la culture*, în P. Legrand (sous la direction de), Comparer les droits, résolument, PUF, Paris, 2009, pp. 247-278;

Berkowitz, Daniel, Pastor, Katharina, Richard, Jean-Francois, *The Transplant Effect*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 51/2003, pp. 163-204;

Bogdan, Michael, *International Development Aid as a Creator of New Small Mixed Legal Systems*, în Impérialisme et chauvinisme juridique. Rapports présentes au colloque à l' occasion du 20e anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 48/2004, Schulthess, Zurich, 2004, pp. 55-64;

Cappelletti, Mauro, Merryman, John M., Perillo, Joseph M., *The Italian Legal System. An Introduction,* Stanford University Press, Stanford, 1967;

Carp, Radu, *Responsabilitatea ministerială*, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003;

Cernea, Emil, *Criza dreptului în România la 1907*, Ed. Universității din Bucureşti, Bucureşti, 2001;

Constantinesco, Jean-Leontin, *Tratat de drept comparat. Vol. II: Metoda comparativă*, Ed. All, Bucureşti, 1997;

Cotterrell, Roger, *Is There a Logic of Legal Transplants*? în D. Nelken and J. Feest (ed.), Adapting Legal Cultures, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, pp. 71-92;

Ewald, William, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 43/1995, pp. 489-510;

Fedtke, Jorg, *Legal Transplants,* în J. Smits (ed.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, pp. 434-437;

Foster, Nicholas, *Transmigration and Transferability of Commercial Law in a Globalized World*, în Comparative Law in the 21st Century, A. Harding

and E. Örücü (ed.), *Kluwer Academic Publishers*, Londra/Haga/New York, 2002, pp. 55-73;

Frankenberg, Gunter, *Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revised*, în I.CON, vol. 8/2010, pp. 563-579;

Friedman, Lawrence M., *Some Thoughts on the rule of Law, Legal Culture and Modernity in Comparative Perspective*, în Towards Comparative Law in the 21st Century, Chuo University, Tokyo, 1998, pp. 1075-1090;

Friedman, Lawrence M., *Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants*, în D. Nelken and J. Feest (ed.), Adapting Legal Cultures, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2001, pp. 93-98;

Gaudemet, Jean, *Sociologie historique du droit*, PUF, Paris, 2000;

Georgescu, Val. Al., *Trăsăturile stilistice ale dreptului burghez*, în Istoria dreptului românesc, vol. II, Ed. Academiei R.S.R., Bucureşti, 1987, pp. 54-58;

Glenn, H. Patrick, *Vers un droit comparé intégré?*, în L'avenir du Droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Société de législation comparée, Paris, 2000, pp. 105-116;

Glenn, H. Patrick, *Are Legal Traditions Incommensurable?*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 49/2001, pp. 133-146;

Glenn, H. Patrick, *Mixing it up*, în Tulane Law Review, vol. 78/2003, pp. 79-87;

Glenn, H. Patrick, *Legal Cultures and Legal Traditions*, în M. van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 7-20;

Graziadei, Michele, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, în M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 441-476;

Graziadei, Michele, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, în Theoretical Inquiry in Law, vol. 10/2009, pp. 723-743;

Guțan, Manuel, *Romanian Tradition in Foreign Law Import: Between Necessity and Weakness, în Imperialism and Chauvinism in the Law, Schulthess*, Zurich, 2004, pp. 65-80;

Guțan, Manuel, *Forme pe un alt fond: transplantul juridic comunitar şi cultura juridică românească*, în Pandectele Române, nr. 5/2008, pp. 17-40;

Guțan, Manuel, *Cultură constituțională şi transplant constituțional în România modernă*, în R. Bercea (ed.), Mai este Curtea Europeană a Drepturilor Omului un mecanism judiciar eficient?, Universul Juridic, Bucureşti, 2013, pp. 237-255;

Hiller, Jack A., *Language, Law Sports and Culture: The Transferability or Non-Transferability of Words, Lifestyles and Attitudes Through Law*, în Valparaiso University Law Review, vol. 12/1978, pp. 433-465;

Kahn-Freund, Otto, *On uses and misuses of Comparative law*, în The Modern Law Review, 37/1974, pp. 1-27;

Legrand, Pierre, *Legal Traditions in Western Europe: the Limits of Commonality*, în R. Jagtenburg, E. Örücü and A. de Roo (ed.), Transfrontier Mobility of Law, Edited by, Kluwer Law International, Haga, 1995, pp. 63-84;

Legrand, Pierre, *European Systems are not Converging*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 45/ 1996, pp. 52-81;

Legrand, Pierre, *The Impossibility of "Legal Transplants"*, în Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 4/1997, pp. 111-124;

Legrand, Pierre, *Are Civilians Educable?*, în Legal Studies, vol. 18/1998, pp. 216-230;

Lovinescu, Eugen, *Istoria civilizației române moderne*, Ed. Minerva, Bucureşti, 1997;

Markovits, Inga, *Exporting Law Reform – But Will It Travel?*, în Cornell International Law Journal, vol, 37/2004, pp. 95-114;

Mattei, Ugo (a), *Efficiency in Legal Transplant: An Essay in Comparative Law and Economics*, în International Review of Law and Economics, vol. 14/1994, pp. 3-19;

Mattei, Ugo (b), *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 42/1994, pp. 195-218;

Miller, Jonathan M., *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, în American Journal of Comparative Law, vol. 51/2003, pp. 839-885;

Monateri, Pier Giuseppe, *The "Weak" Law: Contaminations and Legal Cultures*, în Rapports nationaux italiens aux XVe Congrès International de Droit Comparé, Bristol 1998, Giuffre Editore, Milano, 1998, pp. 83-110;

Nelken, David (a), *Towards a Sociology of Legal Adaptation*, în D. Nelken and F. Feest (ed.), Adapting Legal Cultures, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 4-55;

Nelken, David (b), *The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers*, în Windsor Yearbook of Acces to Justice, vol. 19/2001, pp. 349-366;

Nelken, David, *Using the Concept of Legal Culture*, în Australian Journal of Legal Philosophy, vol. 29/2004, pp. 1-26;

Nolan Jr., James L., *Legal Accents, Legal Borrowing. The International Problem-Solving Court Movement*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2009;

Örücü, Esin, *A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law*, în R. Jagtenburg, E. Örücü and A. de Roo (ed.), Transfrontier Mobility of Law, Edited by, Kluwer Law International, Haga, 1995, pp. 5-18;

Örücü, Esin, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, în Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking, No. 59/1999, pp. 1-133;

Örücü, Esin (a), *Unde Venit, Quo Tendit Comparative Law*, în Comparative Law in the 21st Century, Kluwer Academic Publishers, London/The Hague/ New York, 2002, pp. 1-17;

Örücü, Esin (b), *Law as Transposition*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 51/2002, pp. 205-223;

Örücü, Esin, *The Enigma of Comparative Law. Variations on a Theme for the Twenty-first Century*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2004;

Peters, Anne and Schwenke, Heiner, *Comparative Law Beyond Post-Modernism*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 49/2000, pp. 800-834;

Rădulescu, Andrei, *Izvoarele dreptului civil*, în Pagini din istoria dreptului românesc, Ed. Academiei RSR, Bucureşti, 1970, pp. 172-187;

Rosenfeld, Michael and Sajo, Andras, *Spreading Liberal Constitutionalism: an Inquiry into the Fate of Free Speech Rights in New Democracies*, în S. Choudhry (ed.), The Migration of Constitutional Ideas, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 142-177;

Rouland, Norbert, *Introduction historique au droit*, PUF, Paris, 1998;

Sacco, Rodolfo, *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*, în Rapports nationaux italiens au IXe Congrès International de Droit Comparé, Teheran, 1974, Giuffre Editore, Milano, 1974, pp. 113-131;

Sacco, Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, Paris, 1991;

Sacco, Rodolfo, *La circulation des modèles juridiques*, în Rapports généraux au XIIIe Congrès International de Droit Comparé, Montréal-1990, Les Editions Yvon Blais Inc., 1992, pp. 1-19;

Schifirneţ, Constantin, *Forme fără fond, un brand românesc*, Ed. Comunicare.ro, Bucureşti, 2007;

Schimmelfennig, Frank and Sedelmeier, Ulrich, *Governance by Conditionality: EU Rule Transfer to the Candidate Countries of Central and Eastern Europe*, în Journal of European Public Policy, vol. 11/2004, pp. 669-687;

Schlesinger, Rudolf B., Baade, Hans W., Herzog, Peter E. and Wise, Edward M., *Comparative law. Cases-Text-Materials*, Foundation Press, New York, 1998;

Smits, Jan M., *On Successful Legal Transplant in a Future Ius Commune Europaeum*, în Comparative Law in the 21st Century, A. Harding and E. Örücü (ed.), Kluwer academic publishers, London, The Hague, New York, 2002, pp. 137-154;

Stanomir, Ioan, *Spiritul conservator*, Ed. Curtea Veche, Bucureşti, 2008;

Teubner, Gunter, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, în The Modern Law Review, vol. 11/1998, pp. 11-32;

Twining, William, *Diffusion of Law: A Global Perspective*, în Journal of Legal Pluralism, vol. 49/2004, pp. 1-45;

van Gerven, Walter, *Codifying European Private Law*, în M. van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 137-164;

Visser, Daniel, *Cultural Forces in the Making of Mixed Legal Systems*, în Tulane Law Review, vol. 78/2003-2004, pp. 41-78;

Watson, Alan, *Comparative Law and Legal Change*, în The Cambrian Law Journal, nr. 37/1978, pp. 313-336;

Watson, Alan, *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*, în University of Pennsylvania Law Review, vol. 131/1983, pp. 1121-1157;

Watson, Alan, *Roman Law & Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens and London, 1991;

Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens and London, 1993;

Watson, Alan, *Aspects of Receptions of Law*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 44/1996, pp. 334-351;

Watson, Alan, *Law Out of Context*, în Edinburgh Law Review, vol. 4/2000, pp. 147-167;

Watson, Alan, *Legal History and a Common Law for Europe. Mystey, Reality, Imagination*, Arne Lofgren Offset AB, Stockholm, 2001;

Zweigert, Konrad and Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

Capitolul IX. Compararea juridică, dreptul înțeles prin prisma culturii *(law as culture)* și problematica integrării juridice europene

Conceptul de „cultură juridică" şi-a câştigat adevărata sa importanță (practică) în contextul procesului de unificare internațională a dreptului, a cărui principală expresie contemporană este integrarea juridică europeană şi naşterea unui *novum jus commune europaeum* în cadrul UE. Sintagma a fost dezvoltată de specialiştii teoriei generale a dreptului, dar adevărata sa dimensiune şi substanță s-au relevat în cadrul problematicii complexe a dreptului comparat. Din perspectiva unificării internaționale a dreptului, dreptul comparat leagă „cultura juridică" de coordonatele transplantului juridic. Astfel, ideea dreptului înțeles în relație cu cultura a devenit un instrument important în administrarea teoriei transplantului juridic în contextul unificării dreptului pe plan european[1].

Acest unghi de analiză a ridicat, după cum se va observa în continuare, o serie de probleme şi a dat naştere unor tensiuni ideatice între comparatiştii, istoricii şi sociologii dreptului care s-au aplecat asupra subiectului. Tensiunile au fost cauzate, cu precădere, de conținutul vag al sintagmei „cultură juridică", precum şi de diversitatea abordărilor ştiințifice implicate: adepții unificării dreptului privat european au construit, cu optimism, alternative ştiințifice de convergență juridică europeană, unde metoda funcționalistă, abordarea „miezului comun" şi cea a „celei mai bune soluții" au urmărit să demonstreze că procesul de „vânare" a similitudinilor între sistemele de drept ale statelor membre ale UE este nu doar posibilă, dar şi dezirabilă; adepții transplantului juridic încurajează şi ei acest demers, susținând că voiajul dreptului dintr-un sistem/cultură juridică în alta este, în anumite condiții, posibil; pionierii culturalismului juridic susțin, dimpotrivă, că orice transplant juridic este menit eşecului, datorită legăturilor strânse dintre drept şi societate; nu în ultimul rând, comparatiştii cu pedigree sociologic acuză culturaliştii de exploatarea rigidă şi injust-relativistă a contextului cultural.

După ce am abordat problema comensurabilității, comparabilității şi convergenței sistemelor de drept şi a culturilor juridice în contextul problematicii transplantului juridic, prezentul capitol va relua analiza punând, de această dată, accent pe aspecte legate de mecanismele, limitele, efectele, eşecurile şi soluțiile convergenței culturilor juridice europene. Demersul

[1] A se vedea *supra*, Capitolul VI, secțiunea a 2-a, subsecțiunea 2.3.

nu aprofundează aspecte deja dezbătute: am constat deja că la nivelul UE are loc un proces de armonizare/unificare a dreptului (privat), pe cale descendentă sau ascendentă, unde dreptul comparat are un rol relativ important. De asemenea, am clarificat faptul că transplantul juridic nu este doar posibil, dar are şi un rol central în edificarea spaţiului juridic european. În schimb, după o scurtă recapitulare a problematicii convergenţei normativ-juridice europene, vom propune o analiză a convergenţei juridice europene în context cultural-juridic, implicând aici dezbaterile şi concluziile tuturor celor care s-au implicat de pe poziţiile raportului intim dintre drept şi cultură.

Secţiunea 1. Dreptul Uniunii Europene – o construcţie normativ-pozitivistă

În procesul unificării internaţionale a dreptului, transplantul juridic se dovedeşte a fi, cel puţin teoretic, absolut necesar deoarece ne aflăm în prezenţa procesului de integrare, în acelaşi timp, a unor norme juridice comune cu caracter supranaţional în cadrul unor sisteme de drept naţionale diferite. Acesta este şi **cazul dreptului european**. El reprezintă un „sistem de drept supranaţional" sau o „ordine juridică *sui-generis*" creată de autorităţile europene localizate în Bruxelles pentru a fi direct (în cazul regulamentelor) sau indirect (în cazul directivelor) aplicată în sistemele juridice ale statelor membre ale Uniunii Europene. Cu alte cuvinte, acest proces implică „transplantul" dreptului european în toate aceste sisteme juridice naţionale.

Sintagma „transplant juridic" a suportat un demers de nuanţare în acest context, fiind considerată insuficientă pentru a reda specificitatea construcţiei juridice comunitare. În acest scop, dezbaterea s-a purtat mai puţin în jurul necesităţii transplantului, a cantităţii şi a domeniului dreptului importat, cât asupra metodelor şi consecinţelor transplantului juridic. Dorind să scoată în evidenţă aspectul forţat, neorganic, al integrării juridice europene, unii autori au folosit sintagma „iritare juridică" (Teubner, 1998). Alţii, urmărind să pună accent pe necesitatea producerii unor efecte pozitive ca urmare a transplantului juridic, au folosit sintagma „transpunere juridică" (Örücü, 2002). Mai mult, „transpunerea juridică" a fost vehiculată ca potrivindu-se mult mai bine ideii de **adaptare** normală a dreptului comunitar la sistemele naţionale ale statelor membre.

În scopul de a nu fi o iritare juridică negativă (Guţan, 2009: 50-52), edificarea dreptului european trebuie să urmeze o cale aparte. În principiu, nu se poate accepta aplicarea automată a unuia dintre sistemele juridice ale statelor membre în toate statele membre ale UE. Integrarea juridică europeană nu poate fi, teoretic cel puţin, o manifestare de imperialism juridic

sau o capitulare în fața prestigiului unui sistem de drept sau a altuia. Iar asta deoarece statele membre ale UE ar trebui să fie surse egale de soluții juridice. În aceste condiții, se prefigurează necesitatea ca integrarea juridică europeană să fie bazată pe dreptul comparat înțeles în sensul clasic al termenului. Soluția juridică europeană trebuie descoperită prin evaluarea corectă (funcțională) a soluțiilor juridice oferite de sistemele juridice naționale, iar prin înțelegerea corectă a specificității acestora se poate evita, cel puțin parțial, pericolul respingerii unei soluții juridice europene de către sistemele juridice naționale ale statelor membre. În consecință, deşi căutarea insistentă a asemănărilor în materie juridică este naturală, diferențele nu pot fi deloc neglijate, cel puțin ca ipoteză de lucru[1]. În final, se poate obține o soluție juridică unică, îmbrăcată formal în hainele juridice specifice dreptului european şi care, în limitele marjei de apreciere recunoscute (sau nu), urmează a fi aplicată în sistemele de drept ale statelor membre, cu speranța obținerii unor rezultate comune.

Dreptul comparat devine, astfel, un **instrument rațional necesar** pentru construcția juridică în mâinile elitei juridice europene. Cu ajutorul acestuia, dreptul comunitar poate fi edificat la nivelul UE atunci când este necesar, în diverse domenii. Mergând pe aceeaşi logică, dreptul european, conturându-se tot mai mult sistemic, poate avea pretenția să devină sistematic. Aşa cum am observat deja, constatarea incoerenței şi a lipsei de sistematizare a dreptului privat european a condus până la ipoteza oficială a edictării unui Cod civil european[2]. Această importanță evidentă acordată **dreptului privit ca normă** este de înțeles în procesul de construcție a unei unități europene în plan juridic. Împreună cu jurisprudența CEJ, normele juridice comunitare reprezintă pilonii de bază ai sistemului juridic european. Datorită faptului că în cadrul acestui sistem sunt prezente cele două tradiții juridice europene, *i.e.* romano-germanică şi *common law*, care suferă reciproc influențe prin intermediul transplantului juridic, el poate fi evaluat ca un **sistem de drept mixt**/melanj juridic. Drept consecință, sistemele juridice naționale ale statelor membre devin **mixte** în contact cu dreptul european.

Secțiunea a 2-a. Tradițiile juridice europene sunt neconvergente/incomensurabile

Viziunea normativ-pozitivistă prezentată mai sus se remarcă prin irealism, naivitate, optimism excesiv şi ineficiență dacă este evaluată dintr-o perspectivă „culturalistă". Cei care pun dreptul în relație cu ideea de cul-

[1] A se vedea *supra*, Capitolul VI, secțiunea a 2-a, subsecțiunea 2.3.3.
[2] A se vedea *supra*, Capitolul VI, secțiunea a 2-a, subsecțiunea 2.3.2.

tură, înțeleasă ca „acel cadru de intangibile în care comunitățile umane interpretative operează şi care are forță normativă pentru aceste comunități" (Legrand, 1996: 56), neagă cu tărie posibilitatea ca cele două tradiții/culturi juridice europene să poată fuziona/să devină convergente în cadrul dreptului comunitar. Acest tip de abordare are la bază ideea că **dreptul este şi trebuie să fie o oglindă a societății în care el se manifestă**. Din această aserțiune rezultă, cu necesitate, o concluzie logică: **transplantul juridic este imposibil**. Ideea „dreptului oglindă" nu este nici nouă şi nici originală, dar ea nu se mai pune în cadrul mai vechilor dispute dintre, de exemplu, pozitivismul juridic voluntarist şi „realismul" şcolii lui F. Geny. Conceptul de drept nu mai este înțeles aici pur normativist. Tocmai de aceea, culturaliştii acceptă, teoretic, posibilitatea importului unor norme, instituții juridice, ramuri de drept dintr-un sistem de drept în altul, dar contestă cu fermitate posibilitatea aplicării/integrării acestora într-o societate străină de ele (Legrand, 1997a: 120-121). Explicația acestei atitudini intelectuale se găseşte în reconfigurarea semantică a conceptului „drept". Pus în context cultural, dreptul nu mai reprezintă doar o totalitate de norme juridice, ci este parte a expresiei ontologice, epistemologice, gnoseologice a unei anumite societăți (Legrand, 1996: 57-58; Capeletti, Merryman, Perillo, 1967: 165). În acest sens, cultura juridică este parte integrantă a culturii generale a respectivei societăți şi nu poate fi înțeleasă în afara acestui context.

Prin urmare, dintr-o perspectivă culturalistă, un drept unificat european şi, cu atât mai puțin, un Cod civil european sunt imposibil de realizat din cauza particularităților şi a diferențelor epistemologice, de mentalitate şi praxis ireconciliabile între culturile juridice europene. O astfel de abordare, dezvoltată, mai ales, de P. Legrand, are la bază o valorizare culturală a alterității în drept ce expune covârşitoarele diferențe între cele două tradiții juridice europene ca pe nişte repere epistemologice şi praxiologice pe care ar trebui cel mult să le descoperim şi să le înțelegem, fără a avea şansa să le depăşim. Modul specific de a gândi despre drept, despre ce înseamnă a avea cunoaştere despre drept şi rolul acestuia în societate, natura gândirii juridice, rolul sistematizării şi administrarea timpului istoric sunt tot atâtea diferențe ireconciliabile între tradiția juridică romano-germanică şi *common law* (Legrand, 1997b: 45). În acest context, prezența codificării în tradiția juridică romano-germanică şi lipsa acesteia în *common law* sunt fundamentate istoric şi psihologic în cadrul unei strânse conexiuni între mentalitate/epistemologie juridică şi cultură în genere. Aşa se explică mai clar preocuparea celor de pe continent pentru sistematizare, raționalizare şi predictibilitate şi aversiunea insularilor față de norme formale şi sistematizare (*idem*: 47-48). Astfel se înțelege şi preferința tradiției romano-germanice

pentru sistem juridic, implicit pentru codificare, şi preferința tradiției *common law* pentru fapte, implicit pentru precedent judiciar.

Plecând de la aceste premise, concluzia este simplă: o convergență juridică europeană realizată, în cazul dreptului privat, în jurul unui Cod civil european, este imposibilă din cauza atitudinii antisistemice şi anticodificatoare a epistemologiei juridice a *common law* (*idem*: 51). Pentru o asemenea perspectivă culturalistă, demersul construcției unui Cod civil european nu se pune în termeni de necesitate şi eficiență, ci în termeni de conexiune şi chiar conflict cultural. Într-o lume juridică europeană dominată de cultura romano-germanică, este normal ca susținătorii acesteia să-şi impună viziunea epistemologică asupra dreptului colegilor lor din *common law*. Codul civil european nu este, în consecință, efectul unor analize critice raționale, ci efectul impunerii viziunii globalizante, sistematizatoare asupra dreptului de către elita juridică europeană care se teme de necunoscutul unei culturi juridice – cea a *common law* – pe care nu o înțelege (*idem*: 52). Ca urmare, pentru P. Legrand, dialogul intercultural şi nevoia de a înțelege diversitatea juridică sunt înlocuite de nevoia irațională a elitei juridice romano-germanice de a postula, de a forța chiar, similitudini între cele două tradiții juridice europene. Orice forțare a unui Cod civil european ar părea, în acest context, o manifestare arogantă de imperialism juridic şi cultural juridic, „un atac la pluralism", „o dorință de a suprima antinomia, o încercare oarbă de a diminua particularitatea", „excomunicarea modului în care *common law* înțelege lumea" (*idem*: 53; 55-56; Legrand, 1997-1998: 804-805).

Pentru a înțelege mai bine perspectiva lui Legrand şi a tranşa corect problema comensurabilității şi a convergenței tradițiilor juridice europene, sunt necesare o analiză mai profundă a relației dintre drept şi cultură, o clarificare a sintagmei „cultură juridică", în contextul general al problematicii dreptului comparat, precum şi o evidențiere a relevanței acesteia pentru problema integrării juridice europene.

Secțiunea a 3-a. Drept și cultură

D. Nalken susține, pe bună dreptate, că termenul „cultură juridică" rămâne foarte controversat (Nelken, 2012: 4) în ciuda popularității sale tot mai mari şi a încercărilor numeroase de a-l defini. Însuşi părintele termenului, L. Friedman, a manifestat recent rezerve cu privire la necesitatea existenței acestuia, având în vedere caracterul său abstract, alunecos şi dificultatea de a-l defini (*idem*). Cu toate acestea, în ciuda neclarităților şi a capcanelor metodologice, termenul este folosit cu diverse înțelesuri, cu diverse scopuri şi în diverse contexte. Tocmai de aceea este aproape imposibil de dat o

definiție cât de cât acceptabilă. Tot ceea ce se poate face este să prezentăm sintetic modul în care diverşi comparatişti l-au utilizat.

Cultura juridică reprezintă modul în care o societate/comunitate distinctă, prin comunicare intersubiectivă, **înțelege/interpretează** dreptul în baza aceloraşi stimuli, precum şi modul în care o societate/comunitate **vorbeşte/scrie** despre drept în baza aceleiaşi limbi. Aceste societăți pot fi reperate ca **societăți interpretative** (Legrand, 1995: 69) sau **comunități epistemice** (Glenn, 2004: 42). Sunt societăți care îşi descoperă, înțeleg, conceptualizează şi comunică valorile juridice – echitatea, justiția, buna credință etc. – şi instituțiile juridice. Sunt societăți care îşi manifestă natural presupuneri, atitudini, aspirații şi antipatii colective față de drept, dând expresie reflexiv, *i.e.* la nivelul unor manifestări culturale inconştiente (Bell, 2001: 20-21), **mentalității juridice** ce le caracterizează (Legrand, 1996: 60-61). Aşa cum precizează van Hoeke şi Warington, sunt comunități care împărtăşesc un înțeles comun despre: conceptul de drept (ce este dreptul?); teoria izvoarelor formale valide ale dreptului (cine are dreptul să creeze drept şi care este ierarhia izvoarelor dreptului?); o metodologie judiciară (cum trebuie interpretat dreptul?), o teorie a argumentării juridice (ce fel de argumente pot fi acceptate?); o teorie a legitimității dreptului (de ce este dreptul obligatoriu de respectat?); valorile fundamentale şi perspectiva asupra existenței (van Hoeke & Warington, 1998: 514-515; Merryman, 1985: 2). În acelaşi timp, cultura juridică are în vedere modul în care actorii dreptului **acționează** în funcție de viziunea epistemologică proprie într-un cadru instituționalizat.

Dacă am încerca pentru motive didactice să sintetizăm şi să sistematizăm opiniile diverse care există în materie de definire a termenului „cultură juridică", şi simplificând, totodată, lucrurile, putem vorbi despre un conținut foarte variat al acestuia:

A. Latitudinile ***ideatice, spirituale, interne*** *ale culturii juridice*

Aici întâlnim:

a. Ideologia, *i.e.* valorile, credințele, principiile, ideile, atitudinile, sentimentele colective care stau la baza culturii juridice; acestea spun, de regulă, membrilor comunității epistemologice ce este dreptul şi care sunt reperele lui fundamentale;

b. Epistemologia, *i.e.* modul în care este cunoscut şi înțeles dreptul; aici intră, generic, mentalitatea juridică, tiparele de raționament juridic, structurile cognitive, modul în care este predat dreptul în facultățile de drept etc.; e vorba aici, de exemplu, de modul în care sunt înțelese sursele formale ale dreptului, precum şi ierarhia izvoarelor dreptului;

c. Hermeneutica, *i.e.* modul în care este interpretat dreptul, *e.g.* pozitivism *versus* contextualism; interpretarea deductiv-teleologică *versus* interpretarea inductiv-literală;

B. Modul în care cultura juridică se exprimă şi comunică

Aici întâlnim două aspecte esențiale:

a. Limba/limbajul juridic, *i.e.* modul în care o anumită comunitate epistemologică conceptualizează latitudinile interne ale culturii sale juridice;

b. Scrisul, *i.e.* modul în care o anumită comunitate epistemologică scrie despre latitudinile interne ale culturii sale juridice; aici intră stilul în care sunt redactate codurile, legile, hotărârile judecătoreşti, stilul în care sunt redactate lucrările doctrinarilor ori manualele universitare etc.

c. Lipsa scrisului în exprimarea şi comunicarea juridică între membrii unei comunități epistemologice.

C. Latitudinile **externe**, *manifeste ale culturii juridice*

a. Structurile instituționale/cultura organizațională; aici intră nu doar modul în care se soluționează, prin anumite instituții juridice, anumite probleme sociale, ci şi structura/aparatul care asigură funcționarea sistemului juridic: tipul de profesii juridice şi raporturile dintre acestea, *e.g.* numărul şi rolul avocaților, modul de recrutare a judecătorilor etc.; arhitectura instanțelor, modul de organizare a facultăților de drept şi curricula universitare etc.

b. Praxisul, *i.e.* modul în care actorii dreptului creează, interpretează şi pun în practică normele juridice; aici intră tehnica şi procedura legislativă, metodologia judiciară, uzurile/obiceiurile/ritualurile procesuale/judiciare (purtatul robelor, al perucilor etc.) etc.

c. Comportamente, *e.g.* frecvența litigiilor şi durata soluționării lor etc.

Între toate aceste trei aspecte există o legătură intimă: pe de o parte, limba/limbajul juridic dă expresie latitudinii interne, ideatice, a culturii juridice, pe de altă parte, structurile instituționale şi praxisul au la bază latitudinea internă, ideatică, a culturii juridice.

În literatura de specialitate, sintagma „cultură juridică" este fie asimilată (Merryman, 1985: 2) cu sintagma „tradiție juridică", fie diferențiată de aceasta (Glenn, 2004b). Prima viziune ancorează profund ideea de cultură într-o perspectivă diacronică. Orice cultură este în acelaşi timp o tradiție deoarece este rezultatul unei experiențe istorice particulare (*idem*). Watson chiar exploatează sintagma „tradiție juridică" pentru a scoate în evidență faptul că explorarea coordonatei istorice a unei culturi juridice este absolut indispensabilă pentru înțelegerea dinamicii acesteia, dinamică ce nu este altceva decât manifestarea demersului elitelor juridice de a fundamenta

autoritatea dreptului pe importul juridic (Watson, 2004: 1 şi urm.). În acelaşi registru, pentru alţi comparatişti (Glenn), tradiţia juridică nu este altceva decât informaţie transmisă şi susţinută de-a lungul timpului de către o comunitate epistemologică. Tradiţia juridică este un corp de cunoştinţe şi, implicit, practici care este transmis din trecut, conservat, legitimat şi interpretat prin mijloace specifice – limbă, limbaj vorbit sau scris (Glenn, 2004a: 8-12). Aici se urmăreşte, cu prioritate, nu atât istoricitatea unei culturi juridice statice, încremenite în coerenţa ei, cât raportul specific dintre trecutul şi prezentul unei tradiţii juridice dinamice, aflată în continuă schimbare. Ca atare, tradiţia juridică se află în comunicare deschisă şi schimb informaţional cu alte tradiţii juridice. În această viziune, tradiţia juridică nu este doar ceva ce vine din trecut, ci ceva care se manifestă şi se transformă continuu în prezent. Acest înţeles al sintagmei „tradiţie juridică" este contrapus de către Glenn mai obscurului concept de „cultură juridică". Comparatistul canadian critică cu fermitate un concept de cultură juridică, identificat adesea cu sistemul de drept naţional, care, postulând un tot coerent, distinct şi închis de trăsături culturale, nu face altceva decât să promoveze o „epistemologie a conflictului". Spre deosebire, conceptul de tradiţie juridică, în accepţiunea particulară a lui Glenn, postulează o „epistemologie a reconcilierii". Perspectiva lui Glenn este criticată de unii comparatişti ca fiind prea rigidă şi reducţionistă în ceea ce priveşte conceptul de cultură juridică. Pentru Husa, conceptul de cultură juridică pare a fi destul de generos pentru a putea cuprinde dimensiunea istorică şi deschiderea spre comunicare a ceea ce Glenn înţelege prin tradiţie juridică, toată disputa fiind determinată, până la urmă, de „jocuri lingvistice". Până la urmă, ambele concepte dobândesc sensul pe care comparatistul îl utilizează într-un context semantic specific, neexistând o diferenţă fundamentală, de substanţă, între ele (Husa, 2012: 27-30). Nu în cele din urmă, conceptul de cultură juridică poate fi utilizat şi într-un sens integrator, cuprinzând, exhaustiv, inclusiv conceptul de tradiţie. Cele două nu se confundă aici, în măsura în care tradiţia juridică este doar o parte definitorie, istorică, a unei culturi juridice mai mult sau mai puţin încremenite în prezent (Varga, 2005: 183).

Termenul „cultură juridică" este folosit şi pentru a delimita diverse „unităţi" culturale. Sub aspect teritorial, se poate discuta despre cultura juridică naţională, identificată cu o anumită etnie (conceptul de naţiune este folosit în sens de *etnos*); se poate analiza o cultură juridică supra-naţională, *e.g.* cultura juridică europeană, cultura juridică occidentală, cultura juridică orientală, cultura juridică estică; se poate discuta despre diverse grupuri de cultură juridică în interiorul unui stat, *e.g.* cultura juridică a unei minorităţi sau cultura juridică a imigranţilor. Aceste unităţi cultural-juridice nu sunt închise, dimpotrivă, între ele există o continuă şi intensă comunicare culturală bidirecţională.

Se pot face distincții și în ceea ce privește nivelul de interes și cunoaștere despre drept. Astfel, analiza contextualizată a dreptului poate fi făcută la nivelul unor sfere sociale mai largi sau mai restrânse, mergând de la „cultura juridică profană" a marii mase a populației (Gibson & Caldeira, 1996: 59) la „cultura juridică internă" aparținând actorilor profesioniști ai dreptului (Friedman, 1990; Bell, 2001: 12-14; Watson, 1983: 1121). Se poate vorbi aici despre cultura legiuitorului, cultura judiciară, cultura baroului etc. ca totalitate de practici, tradiții și înțelesuri profesionale (Cotterrell, 2008: 710) aparținând fiecăreia dintre acestea. Distincția este importantă deoarece numai la nivelul acestor tipuri de comunități profesionale putem vorbi despre trăsături stilistico-juridice, despre tipare de raționament juridic, despre structuri cognitive, despre specificitate în materie de metodologie judiciară, despre strategii de guvernanță politică ori despre tradiții de practică juridică. Se poate vorbi despre modul în care individul uman, luat separat, percepe, înțelege și conceptualizează dreptul. Acest lucru va depinde de o serie de variabile, printre care se distinge, evident, măsura în care respectivul individ este implicat sau nu într-o profesie juridică.

Nu în ultimul rând, se poate face distincția între cultura juridică a unei națiuni/ comunități profesionale, așa cum este ea percepută de către actorii ei interni, și cultura juridică a aceleiași națiuni/comunități profesionale așa cum este ea percepută de către observatorul intern. Problema este delicată, în măsura în care implică soluții controversate de natură epistemologică și hermeneutică. De măsura în care cele două perspective concordă depinde înțelegerea reală a alterității în dreptul comparat. Situația se complică dacă reținem faptul că, foarte adesea, membrii unei culturi juridice nu sunt conștienți pe deplin de valențele acesteia, astfel că putem vorbi despre cultură juridică inconștientă, alături de una conștientă de sine. Totodată, chiar dacă ar fi conștienți în ce măsură aceștia folosesc un discurs echilibrat sau unul esențialist, supradeterminat, supralimitat sau xenofobic (Nelken, 2012: 7). Un astfel de discurs poate fi îndreptat spre ideea de schimbare sau poate fi, așa cum susține Glenn, o manifestare a unei epistemologii a conflictului. Astfel, cultura juridică poate fi folosită pentru a face delimitări sau excluderi pe același calapod cu cel folosit de cei ce fac delimitări pe criterii de rasă.

Toate aceste distincții sunt importante deoarece nu toți comparatiștii utilizează sintagma cultură juridică în același sens și, cu siguranță, nu toți o utilizează în același scop. Puțini sunt cei care folosesc ideea de cultură juridică într-un sens holistic, desemnând fapte, idei, înțelesuri, limbaj, atitudini, mentalități, structuri de gândire și practici juridice. Așa cum s-a observat, de cele mai multe ori, conceptul de cultură juridică face trimitere la mentalități, tipare de raționament, structuri epistemologice etc. Alții, precum Zweigert și Kötz, pun accent pe diferențele dintre modul în care instituțiile juridice

sunt organizate şi produc efecte în diverse sisteme de drept, folosind sintagma „stil juridic" (Nelken, 2006: 374). Alții vorbesc despre practici juridice în diverse domenii ale juridicului. În teorie se consideră că, în calitate de instrument analitic, termenul de cultură juridică nici nu e nevoie să cuprindă prea mult, deoarece riscă să producă o argumentare în cerc (Nelken, 2012: 29). De exemplu, în momentul în care susținem că românii au o cultură juridică ce se caracterizează prin apetitul pentru transplant juridic, această trăsătură cultural-juridică reprezintă cauza sau efectul unui anume mod de a ne raporta la schimbarea/reforma juridică? Transplantăm drept pentru că trăsăturile noastre cultural-juridice ne determină s-o facem (transplantul juridic ca efect) ori pentru că apetitul pentru transplant juridic este parte a culturii juridice româneşti (transplantul juridic drept cauză). Ar fi tautologic să răspundem la întrebarea „De ce importăm drept?" prin răspunsul: „Aceasta este cultura noastră juridică!" Nu putem ca, în acelaşi timp, să explicăm o evoluție prin apetitul pentru transplant juridic şi să folosim aceeaşi evoluție pentru a explica apetitul pentru transplant juridic. Ori utilizăm trăsătura apetitului pentru transplant juridic ca pe o cauză şi atunci trebuie prezentate efectele acestei trăsături asupra sistemului de drept şi culturii juridice româneşti, ori o utilizăm ca pe un efect şi atunci trebuie să-i căutăm cauzele în cultura juridică românească.

De asemenea, trebuie avut în vedere faptul că nu există întotdeauna o legătură între cultură şi drept, unele aspecte care țin de acesta din urmă putând să fie explicate prin alte variabile (de exemplu, faptul că Japonia cunoaşte o rată scăzută a procesualității nu se explică neapărat prin efectul unui anume tip de cultură juridică, ci prin modul în care este organizat sistemul judiciar). Tot în materie de cauzalitate, este dificil să stabilim o legătură de cauzalitate între cultura generală a unei societăți şi cultura sa juridică, aşa cu este dificil de stabilit şi o legătură clară între cultura juridică a unei societăți şi cultura politică, economică sau religioasă (Nelken, 2012: 6).

În aceste condiții, cultura/tradiția juridică conturată, în mod inseparabil (Bell, 2001: 3-5), în plan epistemologic/mentalitar şi în planul praxisului, conferă o anumită **identitate juridică** (Glenn, 2004a: 13) unei societăți umane. Cultura juridică asigură o reală funcție de diferențiere în plan juridic a societăților/comunităților umane. Ea oferă unicitate, legitimitate şi inteligibilitate: „Ca şi cultura însăşi, cultura juridică vizează cine suntem, nu doar ceea ce facem" (Nelken, 2004: 1). Tocmai de aceea, nu există două culturi juridice la fel, iar orice demers spre forțarea similitudinilor aduce atingere identității juridice care este bazată funciar pe diferențiere. Totuşi, trebuie făcută o distincție între o identitate juridică închisă şi una deschisă. Prima este parte a unui proces de reificare care transformă trăsăturile cultural-juridice, de regulă ale unei națiuni, în părți imuabile ale unui tot care nu se schimbă. Parte a identității juridice a

unei societăți, normele şi instituțiile juridice sunt încorsetate într-o țesătură culturală specifică (Legrand, 1996: 56 şi urm.) ce nu poate fi decupată şi recreată în altă parte. Ca urmare, cunoaşterea instituțiilor juridice, a unui sistem de drept străin per ansamblu, presupune, aşa cum am observat[1], o imersiune culturală obligatorie (doar) în contextul politic, istoric, economic şi lingvistic în care ele operează (Grosswald Curran, 1998: 51). Transplantul lor poate fi considerat, în aceste condiții, inutil şi riscant (Rosen, 2006: 52). Ele ar trebui să fie transplantate împreună cu încărcătura lor culturală, ceea ce este imposibil (Legrand, 1997a: 117). Pe de altă parte, trebuie acceptată ideea unei identități juridice care se transformă atât sub influențe externe, cât şi prin demersul unei inginerii culturale interne[2].

Secțiunea a 4-a. Dreptul comparat şi comensurabilitatea culturilor/tradițiilor juridice europene

Această viziune asupra culturii (juridice) ridică serioase semne de întrebare cu privire la necesitatea şi oportunitatea utilizării conceptului de **cultură** sau chiar a perspectivei **dreptului înțeles prin prisma culturii** *(law as culture)* în dezbaterea problematicii convergenței juridice şi a transplantului juridic la nivel european.

Exploatată într-o dimensiune a comensurabilității şi, implicit, a comparabilității, sintagma „cultură juridică" sau „tradiție juridică" îşi poate releva totuşi utilitatea. „Culturile nu sunt entități ermetice, închise, imuabile" (Peters & Schwenke, 2000: 814). Pentru Glenn, tradiția juridică este, prin expresia sa epistemologică, informația, ferită de izolare şi deschisă spre comunicare. Iar „faptul că informația lor (a tradițiilor juridice, n.n.) este comunicabilă este dovedită de practica juridică" (Glenn, 2001: 140 şi urm.). Aşa cum precizează şi G. Hofstede, cultura reprezintă un „software mental", *i.e.* tiparele învățate ale gândirii şi acțiunii, „programarea colectivă a minții care distinge membrii unei grupări de oameni de alții" (Visser, 2003-2004: 44). Ca atare, **cultura este învățată şi, prin urmare, poate fi şi dezvățată**. În acest context, problema nu este una de capacitate de comunicare şi înțelegere, ci una de intensitate a comunicării şi deschidere spre comunicare. Este vorba de cât anume doreşte şi este pregătit un jurist să cunoască dintr-o anumită cultură juridică şi în ce măsură este o cultură juridică dispusă şi capabilă să comunice informație despre sine însăşi. Această teorie a comunicării, bazată pe tradiția/cultura juridică înțeleasă ca informație, scoate în evidență faptul că, dincolo de norme şi instituții juridice, dincolo de sistemul juridic,

[1] A se vedea *supra*, Capitolul VII, secțiunea a 5-a, subsecțiunea §2.
[2] A se vedea *supra*, Capitolul VI, secțiunea a 6-a.

există un adevărat **discurs despre drept** care conferă identitate juridică unei societăți date. Dreptul nu poate fi înțeles corect fără acest context. Tocmai de aceea, ideea de cultură şi sintagma „cultură juridică"/„tradiție juridică" sunt esențiale.

Sintagma „cultură juridică", utilizată într-un sens dinamic, este esențială pentru înțelegerea modului în care actorii dreptului, prin comunicare intersubiectivă, prin reflexie şi evaluare continuă exprimată prin limbaj, gândesc, rațonează şi, în final, acționează în legătură cu dreptul. Aceste coordonate sunt conferite, în primul rând, de tradiție, *i.e.* de acel corp de informație comunicat din trecut şi care conferă membrilor comunității epistemologice datele necesare unei „pre-înțelegeri" a dreptului (Bell, 2001: 8-9). În centrul acestui demers stă individul uman capabil să se integreze, simultan, în diverse rețele interpretative care formează tot atâtea culturi (juridice): poate fi vorba despre cultura juridică a unui individ uman, a unei comunități legale locale, a unei comunități naționale, a comunității europene sau chiar a comunității globale (Webber, 2004: 31). Faptul că sociologia dreptului evită să folosească ideea de cultură ca un tot integrat, atotcuprinzător (Riles, 2008: 798) permite surprinderea complexă a dinamicii cultural-juridice într-o societate dată, evitând reducționisme agresive de genul celor promovate de P. Legrand. Aşa se poate explica şi faptul că o persoană poate face parte, în acelaşi timp, din două sau mai multe culturi juridice diferite sau mixte. Aşa se explică succesul unor culturi juridice mixte care înglobează elemente specifice discursului juridic romano-germanic şi al *common law* (Bell, 2009: 265-267). Integrarea într-o rețea interpretativă nu este însă, de la bun început, o opțiune şi o atitudine conştientă. Membrul unei comunități interpretative este mai întâi in-format cu datele tradiției juridice, înainte de a deveni un factor activ, constructiv, conservator sau critic, al edificării epistemologice. Aceeaşi viziune a culturii juridice conturate la nivelul unor comunități interpretative specifice în cadrul unei societăți – instrumentală, tradițională, de credință şi afectivă – clarifică, în perspectiva lui R. Cotterell, raportul dintre drept şi societate, dinamica transformării dreptului, mai ales prin rolul pe care interesele şi reacțiile acestor comunități îl au în procesul transplantului juridic (Cotterrell, 2001: 81 şi urm.). Această abordare pune într-o lumină clară, aşa cum deja s-a observat, rolul pe care elitele juridice profesionale, în calitatea lor de „comunități tradiționale" (Cotterrell) ce se manifestă la nivelul unei „culturi juridice interne", (Friedman) îl joacă în procesul de reformare a dreptului într-o societate sau în demersul de rezistență epistemologică la transformarea dreptului, mai ales prin procesul de import juridic. E interesant de menționat aici perspectiva lui N. Roos care prezintă conservatorismul epistemologic al judecătorilor englezi, aşa cum îl descrie Legrand, atât ca o dovadă de pragmatism şi empirism specifice culturii

juridice engleze, cât şi ca o ideologie menită să justifice rolul judecătorilor ca „oracole ale dreptului" (Roos, 2004: 213).

Conturul, adesea instituționalizat, al unei culturi juridice este dat de intensitatea comunicării între participanții la acea rețea interpretativă (Webber, 2004: 32). Tocmai de aceea, în această viziune, dinamismul comunicării, capacitatea continuă de construcție şi de reconstrucție epistemologică conduc spre ideea reconturării culturilor juridice existente, în funcție de noii stimuli existenți, şi chiar spre posibilitatea apariției unor noi culturi juridice/tradiții juridice. Chiar şi Legrand acceptă, la un moment dat, caracterul dinamic al unei culturi juridice, chiar extrem de conservatoare, când afirmă că „doar târziu pot fi legile şi instituțiile unei națiuni, prin experiență, învățare şi rațiune, acomodate la noi maniere şi cutume" (Legrand, 1996: 62). Aşa cum arată şi Legrand, educația este esențială pentru reconstrucția epistemologică a unei culturi juridice, având în vedere că aici intensitatea comunicării informației în cadrul comunității interpretative este maximă (Roos, 2004: 211-212). În acelaşi timp, există rețele interpretative, cum sunt comunitățile instrumentale ale lui Cotterrell, unde comunicarea/legăturile între participanți este slabă datorită subsumării acestei comunități unui scop comun care poate la un moment dat să dispară (Cotterrell, 2001: 87).

Conceptele de „comunicare" şi „informație" legate de cultura juridică schimbă, astfel, total perceperea acesteia ca o entitate închisă, incomprehensibilă şi necomparabilă (Samuel, 2004: 35-77) şi, tocmai de aceea, neconvergentă cu alte culturi juridice. Prin urmare, conceptul de „identitate", strâns legat de cel de cultură juridică, se relativizează. Identitatea nu mai este conferită de repere statice, ca de exemplu, modelele epistemologice ale sistemelor romano-germanic şi *common law* postulate de Legrand sau Samuel, ci se reconstruieşte încontinuu prin comunicarea şi schimbul de informație în interiorul unei culturi juridice/tradiții juridice şi între culturile juridice/tradițiile juridice (Glenn, 2004a: 33-34), în funcție de interesele comunităților interpretative (Cotterrell, 2001: 85). Identitatea unei culturi juridice se menține şi în momentul în care primeşte şi înglobează informație dintr-o altă cultură juridică. Aşa cum se poate şi pierde dacă miezul tare al informației ce dă contur culturii juridice respective se descompune. Toate culturile/tradițiile juridice se află, prin urmare, într-o recompunere mai intensă sau mai superficială a identității lor. Tot ceea ce trebuie făcut este să se conştientizeze şi să se evalueze cu atenție această „continuă reformare graduală a acestor identități, ca rezultat al interacțiunii dintre influențele culturale interne şi externe, precum şi al presiunilor externe pentru reforme economice naționale sau armonizare economică transnațională" (Cotterrell, 2008: 731).

După cele precizate, problema comensurabilității sistemelor/culturilor juridice europene, precum şi problema convergenței juridice la nivel european se pun în alți termeni. Perspectiva dreptului înțeles prin prisma culturii şi utilizarea conceptului de „cultură juridică" clarifică actorii (culturile juridice naționale), posibilitatea, limitele şi condițiile în care convergența juridică europeană poate avea loc. În condițiile în care culturile juridice sunt comensurabile şi chiar posibil convergente prin intermediul dialogului, dezvățării şi învățării în plan cultural, P. Legrand ar avea perfectă dreptate doar în condițiile în care s-ar adeveri că unificarea juridică europeană, inclusiv prin intermediul unui Cod civil european, ar dobândi coordonatele unui imperialism juridic sau cultural-juridic (în măsura în care se poate discuta despre imperialism la nivelul epistemologiei şi al mentalității juridice). Nu este de conceput un drept european, unificat sau nu, care să ia naştere printr-o inginerie cultural-juridică elaborată politic şi bazată pe excluderea, extirparea, favorizarea sau includerea programatică, intenționată, a unui sistem de drept sau a unei anumite tradiții cultural juridice europene. Sunt, evident, inacceptabile conceperea şi punerea în aplicare a unui drept european bazat, unilateral, pe zestrea cultural-juridică a tradiției romano-germanice, cu obligarea actorilor juridici englezi şi irlandezi la acceptarea şi asumarea ei necondiționată. Un drept uniform european este, în opinia noastră, posibil, cel puțin teoretic, ca urmare a dialogului politic şi juridic deschis între reprezentanții diverselor culturi naționale europene implicate, ca urmare a acceptării unei viziuni epistemologice juridice comune născute şi acceptate firesc prin comunicarea interculturală între reprezentanții celor două tradiții juridice europene. În aceste condiții, fiecare comunitate epistemologică națională sau profesională implicată ar avea posibilitatea să reconsidere, să elimine elemente desuete şi să adauge benevol elemente noi tradiției juridice pe care o susține. Dacă, de exemplu, juriştii tradiției juridice romano-germanice ar fi capabili, în cadrul unui asemenea dialog, să renunțe la viziunea lor universalist-integratoare despre drept, adică să sufere o transformare a uneia din coordonatele lor epistemologice esențiale, atunci şansele unei evaluări corecte a ceea ce are de oferit fiecare tradiției juridică procesului de integrare juridică europeană vor creşte considerabil. Dacă, dimpotrivă, în urma unei asemenea evaluări, juriştii englezi şi irlandezi constată necesitatea codificării dreptului privat european – dimensiune epistemologică a culturii juridice romano-germanice –, în scopul atingerii obiectivelor economice şi juridice ale Uniunii, atunci acest proces ar trebui să aibă loc fără a se mai pune problema imperialismului juridic. Codificarea ar deveni, în acel caz, o dimensiune epistemologică asumată conştient de către toți juriştii europeni. Acest lucru n-ar fi atât de greu în condițiile în care, aşa cum demonstrează istoricii comparatişti, cele două tradiții juridice europe-

ne împărtăşesc un fond informaţional comun mai bogat decât s-ar aştepta oricare sceptic al integrării juridice europene (Grosswald Curran, 2001; Moccia, 1992: 614-616).

Pe de altă parte, aşezarea problemei convergenţei juridice europene în termeni culturali-juridici complică problema. Acest tip de abordare nu doreşte să demonstreze doar că unificarea normelor juridice de drept privat la nivel european este cultural posibilă. Ea scoate în evidenţă şi faptul că transformările cultural-juridice, produse la nivelul culturilor juridice naţionale, au efecte profunde în plan cultural-juridic, nu doar în plan normativ. În condiţiile în care culturile/tradiţiile juridice naţionale europene interacţionează şi se transformă prin posibila acceptare reciprocă a unor trăsături cultural-juridice particulare, putem vorbi despre un **mixaj cultural-juridic**. În măsura în care culturile juridice naţionale participă la un fond cultural-juridic comun, împărtăşind şi susţinând acelaşi tip de informaţie, în acel moment putem vorbi despre o cultură juridică europeană. În consecinţă, chiar dacă problema neconvergenţei culturilor juridice este pusă în mod exagerat, punerea în ecuaţie a codificării dreptului privat european cu **o cultură juridică europeană este necesară**. Cu alte cuvinte, dacă am acceptat comensurabilitatea şi posibilitatea convergenţei juridice, inclusiv în plan cultural-juridic, acest lucru nu înseamnă ca ar trebui să fim indiferenţi la ceea ce se întâmplă ulterior. Problema apariţiei unei culturi juridice europene nu se poate pune în termeni de şansă sau hazard, plecând de la ideea că e indiferent dacă o asemenea cultură juridică apare sau nu. Dacă am acceptat posibilitatea convergenţei culturilor/tradiţiilor juridice europene, aceasta nu înseamnă că unificarea dreptului european poate avea loc fără probleme la (doar la) nivel normativ-juridic. Cultura juridică europeană este necesară deoarece, fără ea, nu există drept unificat european în sensul substanţial al cuvântului. Un drept european unificat doar la nivelul literei legii/codului, fără a fi susţinut cel puţin de o cultură juridică comună, are şanse mici de reuşită. Printr-o cultură juridică europeană s-ar putea evita, teoretic, nu doar acuzele de imperialism juridic, ci şi iluzia unificării dreptului privat european prin intermediul unui Cod civil european promovat din perspectiva identificării dreptului cu norma juridică (*law as rules*) şi ameninţat, în consecinţă, de inaplicabilitate. Problema e cât se poate de serioasă, în condiţiile în care unificarea dreptului privat european nu este o simplă activitate de laborator, un obiectiv ştiinţific teoretic, ci vizează clare finalităţi practice.

Toate aceste probleme vor fi detaliate în secţiunea următoare.

Secțiunea a 5-a. Problemele comparării și unificării dreptului în UE

Problematica integrării juridice europene, privită din perspectiva provocărilor ridicate de abordarea culturalistă a dreptului, conturează o serie de întrebări şi de posibile răspunsuri. Faptul că am scos în evidență slăbiciunile poziției extreme a lui P. Legrand vizavi de problema comensurabilității, comparabilității şi interacțiunii pozitive dintre culturile/tradițiile juridice europene nu înseamnă că unificarea/armonizarea dreptului (privat) în UE este rezolvată şi nici că au dispărut tensiunile intra şi inter cultural-juridice la nivel european, cu precădere între romano-germanic şi *common law*. Nu trebuie uitat faptul că, la baza construcției juridice europene, stă un proces de transplant/import juridic masiv, iar acest lucru vine împreună cu toate aspectele delicate legate de modalități, mecanisme, efecte, succes/insucces. După cum s-a observat mai sus, cu toate că dreptul comparat stă, întrucâtva, la baza construcției şi aplicării dreptului european, el este departe de a fi un instrument generalizat, iar apelul la perspectiva „celei mai bune soluții" propusă de metoda funcționalistă nu asigură *ab initio* o corelare a dreptului european cu toate sistemele de drept şi culturile juridice ale statelor membre. Ca urmare, în momentul în care sunt aplicate în mediul cultural-juridic al statelor membre, normele juridice europene cunosc o transpunere care le modifică sau chiar le împiedică finalitatea. Mai mult, se poate constata chiar o rezistență cultural-juridică asiduă a unor sisteme de drept, mai ales acolo unde orgoliul juridic național a resimțit transplantul dreptului european ca pe o iritare extremă. În acelaşi timp, deşi s-a constatat că o cultură juridică europeană este necesară şi posibil de construit, acest demers este îndelungat şi nu scutit de probleme şi pericole. În condițiile în care procesul de unificare/armonizare a dreptului european trebuie să continue printr-o edictare şi aplicare, de sus în jos, a regulamentelor şi a directivelor europene, un proces de inginerie culturală mai mult sau mai puțin forțată se poate manifesta în diverse domenii. Ca urmare, până când se va putea vorbi despre o adevărată şi solidă cultură juridică europeană, pot să apară tensiuni cultural-juridice care să compromită în continuare necesitatea de a aplica unitar dreptul european pe teritoriul statelor membre ale UE. În continuare, vom scoate în evidență aspecte ale acestei problematici.

§1. Diversitatea culturilor juridice naţionale, manifestată în procesul de aplicare a dreptului european, pune în pericol unitatea acestuia

Logica europeană a **dreptului înțeles ca normă** nu asigură mult dorita integrare a dreptului european (Zweigert & Kötz, 1998: 28). Iar fără o puternică integrare juridică se consideră că scopurile politice, sociale şi economice ale UE nu pot fi atinse. Din anumite puncte de vedere, convergența juridică europeană poate fi întărită prin apelul tot mai intens la un **drept unificat** în locul unui drept armonizat[1]. Dar completa depăşire a discrepanțelor dintre normele juridice nu este suficientă pentru a asigura dimensiunea unității dreptului european. Curtea europeană de justiție din Luxembourg a subliniat, nu o singură dată, necesitatea unei transpuneri şi aplicări uniforme a dreptului european de către legiuitorii şi instanțele naționale, iar acest lucru reprezintă o reală condiție pentru unitatea juridică europeană (Zuleeg, 1996-1997: 625). Această viziune este justificată atât de refuzul statelor membre de a aplica dreptul european, cât şi de evidentele discrepanțe în procesul de „recunoaştere a dreptului" şi „descoperire a dreptului" la nivelul şi între jurisdicțiile naționale, de unde şi, uneori, rezultate în mod izbitor diferite (Hondius, 1999: 106-110; Smits, 2002: 32). Principiul subsidiarității şi politica „clauzelor deschise" în aplicarea directivelor legitimează aceste diferențe în contextul unui pluralism juridic european consistent.

Dacă problema „recunoaşterii" dreptului european de către sistemele de drept naționale este mai mult una politică şi pare a fi uşor de rezolvat de către principiul priorității dreptului european asupra celui național, stabilit de către CEJ, problema „descoperirii dreptului" este mult mai sensibilă, având în vedere că ea implică diferențe în metodologia juridică utilizată de instanțele naționale. Toate această perspectivă scoate în evidență faptul că unitatea dreptului european rezidă mai mult în capacitatea instanțelor naționale de a interpreta şi aplica reglementările juridice ale Comunității în scopul de a obține efectele dorite de Bruxelles şi mai puțin în procesul efectiv al creării dreptului european. Astfel, accentul cade asupra procesului de interpretare şi aplicare a legislației europene şi asupra rolului jucat, în cele din urmă, de instanțe în asigurarea unității/integrității dreptului european. În consecință, încurajarea de către CEJ a interpretării teleologice a dreptului european în instanțele naționale a fost o atitudine logică având în vedere faptul că ea se potriveşte cel mai bine cu ideea de prezervare a unității juridice europene.

[1] A se vedea *supra*, Capitolul VI, Secțiunea a 2-a, subsecțiunea 2.3.

Din nefericire, insistenţele CEJ de la Luxembourg nu şi-au găsit întotdeauna un răspuns pozitiv la nivelul culturilor juridice naţionale. Acest lucru nu s-a întâmplat din rea-voinţă, din cauza unei iritări extreme provocate de transplantul juridic european sau din cauza vreunei atitudini extreme de orgoliu juridic naţional. Pur şi simplu a fost şi este vorba despre dificultatea diverselor comunităţi profesionale de judecători naţionali de a răspunde în mod pozitiv, rapid şi eficient la stimulii externi care solicită o schimbare în informaţia cultural-juridică ce stă la baza culturii lor judiciare. Evoluţia principiului „bunei-credinţe" în sistemul de drept englez (Teubner, 1998), a „discriminării sexuale indirecte" în sistemul de drept francez (Wallace, 1999: 397-414), a fenomenului întârzierii la nesfârşit a proceselor în sistemul de drept italian (Nelken, 2004: 11-26) şi a „ideologiei deciziei judecătoreşti limitate" în fostele state socialiste europene (Kuhn, 2004: 531-567) reprezintă exemple foarte relevante pentru această situaţie.

§2. Transplantul juridic ce stă la baza integrării juridice europene ia, uneori, forma unei „iritări juridice" cu efecte negative

Analizat în perspectiva problematicii transplantului juridic, transplantul dreptului european în statele membre ale UE ridică probleme serioase în ceea ce priveşte efectele acestuia, mai ales în condiţiile în care el irită puternic cultura juridică naţională. La modul ideal, scopul Bruxellesului este de a-şi vedea legislaţia nu doar integrată perfect în sistemele de drept ale statelor membre, ci şi producând schimbarea juridică, economică şi socială aşteptată. Problema majoră aici rezidă nu doar în faptul că transpunerea normelor europene în cultura juridică a statelor membre poate să creeze dizarmonie în materie de efecte, ci şi în faptul că pot apărea reacţii dure de respingere, datorate atât orgoliului juridic naţional, cât şi nevoii acute de diferenţiere în faţa pericolului pierderii identităţii juridice naţionale.

O scurtă privire asupra mixajului juridic european ne descoperă tradiţia *common law* ca fiind candidatul favorit la iritare juridică în UE (Markesinis, 1997: 181-190). Din nefericire, această iritare, nu o singură dată, s-a manifestat mai mult ca un virus periculos decât ca o „infuzie sănătoasă", iar sistemul de drept englez tinde să producă anticorpi. Cuvinte ca „anxietate" sau „confuzie" sunt relevante pentru starea de spirit a corpului judecătoresc englez confruntat cu lucruri stranii ca „interpretarea teleologică" sau „principiul proporţionalităţii" (Ward, 1995: 24-26). Nu de puţine ori, problema a fost pusă de pe poziţii de naţionalism şi orgoliu juridic prin utilizarea, de exemplu, a unei terminologii care pune sistemul romano-germanic în poziţia de asediator medieval al tradiţiei *common law*: „citadelă", „asediator", „rezistenţă", „a prelua", „armament" (Lewis, 1995-1996: 5).

Acest aspect mărturiseşte multe despre limitele dreptului comparat ca un panaceu universal şi dovedeşte că mixajul juridic european este destul de departe de a fi „amestecat" sau un „piure juridic". În termenii metaforei lui Örücü, ele pare mai curând o salată neomogenă făcută din fructe comestibile şi otrăvitoare. Dacă utilizarea comparării juridice are în vedere găsirea unei soluții juridice care să evite iritarea puternică a culturilor juridice naționale, atunci de ce cultura juridică engleză ar fi atât de iritată? Răspunsurile pot fi multiple având, însă, ca numitor comun relativitatea şi chiar artificialitatea procesului de căutare a similitudinilor între sistemele de drept naționale: ori, ca urmare a procesului comparativ, s-a stabilit că cea mai bună soluție este una provenită din tradiția romano-germanică, ori soluția comună descoperită în „miezul comun" al dreptului privat european a fost atât de abstractă sau de neutră, încât o anumită cultură juridică nu s-a regăsit în ea, ori nu s-a realizat deloc un proces de comparare juridică. În acelaşi timp, el dovedeşte că această construcție juridică europeană se pune, uneori, cu dificultate în termeni de obiectivitate științifică. Într-o altă ordine de idei, dacă am avea în vedere faptul că în UE tradiția juridică romano-germanică este covârşitor preponderentă, am putea accepta ca ceva firesc faptul că reprezentanții acesteia ar dori să abordeze construcția juridică europeană prin prisma unei epistemologii juridice pe care o înțeleg? Dacă răspunsul este pozitiv, nu este paradoxal să acuzi de imperialism cultural juridic pe reprezentanții unei tradiții juridice care are la bază ideea de universalism şi uniformitate juridică? Aceşti actori ai dreptului nu fac altceva decât să se manifeste normal în funcție de propria lor viziune despre drept. Discuția ajunge la un rezultat nul, deoarece problema nu este pusă în termeni de dialog inter-cultural, fiind, adesea, agravată de pretențiile de hegemonie ale unei comunități profesionale sau alta. Dacă acceptăm, teoretic, faptul că fiecare cultură juridică europeană îşi postulează agresiv, identitar, propriile coordonate cultural-juridice, atunci şi englezii au dreptul să se simtă puternic iritați, şi membrii tradiției romano-germanice eu dreptul să-şi promoveze valorile cultural-juridice.

Comparatiştii au fost, cu precădere, cei care au scos în evidență presiunea puternică ce se exercită asupra culturii juridice engleze. Caracterul mixt al acesteia este tot mai evident, deşi este greu de spus când aceasta va implica o transformare profundă în mentalitatea juridică a judecătorilor englezi. Inevitabil, având în vedere rolul esențial al corpului judecătoresc în tradiția *common law*, dezbaterea s-a purtat mai ales în jurul diferențelor şi al incompatibilităților metodologice care despart cele două tradiții juridice sub aspectul evaluării faptelor şi a metodelor de interpretare utilizate în procesul aplicării dreptului. Această abordare pune în balanță interpretarea deductiv-teleologică, preponderent specifică tradiției romano-germanice, cu interpre-

tarea preponderent inductiv-literală utilizată de judecătorii *common law*. Din analiza comparativă a celor două metode a reieşit foarte clar, chiar pentru judecătorii englezi, faptul că interpretarea normelor legale, prin utilizarea analizei/definirii în sine a termenilor utilizaţi de legiuitor (interpretarea literală), nu este în avantajul unei aplicări a dreptului comunitar care să conducă la împlinirea finalităţilor acestuia (Rensen, 1993: 187). Ca urmare, faptul că **interpretarea deductiv-teleologică** este mult mai potrivită cu tehnica edictării dreptului comunitar (o tehnică concisă, abstractă, raţional-normativă, cu precizarea expresă a rezultatului urmărit) şi un instrument metodologic eficient pentru asigurarea aplicării uniforme a normelor comunitare, în vederea realizări în toate statele membre a scopurilor politicilor comunitare, pune judecătorul englez/irlandez în situaţia delicată de a utiliza o metodă de interpretare a dreptului periferică în cultura sa juridică. Faptul că însăşi CEJ utilizează metoda deductiv-teleologică şi o recomandă instanţelor naţionale pentru interpretarea normelor comunitare transpuse în dreptul naţional nu lasă, teoretic, judecătorilor *common law* o marjă metodologică în materie de interpretare. În acelaşi registru logic al interpretării deductiv-teleologice, instanţele britanice au trebuit să accepte interpretarea oferită de CEJ dreptului comunitar în cazurile sale precedente, aspect ce este străin metodologiei judiciare a *common law*, unde precedentele ce interpretează prevederile legale sunt ignorate de instanţe (Rensen, 1993: 195-196).

Dincolo de scepticismul manifest al doctrinei, se pare că instanţele engleze au trecut printr-un proces de conştientizare a utilităţii metodei deductiv-teleologice în aplicarea dreptului comunitar şi chiar de utilizare a acesteia în instanţe (Lewis, 1995-1996: 18-19; Lewis, 1995: 55-56; Lord Slynn, 1993: 240-241). Unele exemple de interpretare deductivă a dreptului european şi chiar a dreptului intern englez (Örücü, 1999: 47-49; Levitsky, 1994: 371-374) ne pot conduce spre meditaţie şi speranţă. Astfel, este semnificativ, la nivel mentalitar, că noua metodologie juridică a fost primită de juriştii englezi ca un instrument **natural** şi eficient pentru a atinge anumite scopuri specifice (Levitsky, 1994: 368-369). În ultimii ani, metoda deductiv-teleologică a încetat să se manifeste doar ca un simplu iritant cultural-juridic, integrându-se tot mai clar, nu fără o firească rezistenţă şi încercare de evitare a „contaminării" (Levitsky, 1994: 360), în metodologia instanţelor britanice atât în soluţionarea cauzelor unde dreptul comunitar este incident, cât şi a celor unde este incident doar dreptul naţional (Lewis, 1995-1996: 20). S-a trecut, astfel, de la o înţelegere formală a dreptului statutar – ca expresie a suveranităţii Parlamentului – la o înţelegere substanţială a acestuia, în contextul obligaţiilor ce revin instanţelor din jurisprudenţa CEJ, înţelegere ce implică „controlul" conformităţii actelor normative ale Parlamentului cu

dreptul european şi dreptul de a asuma un rol legislativ în scopul acoperirii lacunelor din legislaţia naţională (Levitsky, 1994: 359).

Transformările importante ce au avut loc şi au încă loc în cultura juridică britanică se reflectă revelator în manualele de drept engleze unde metoda de interpretare deductiv-teleologică este expusă ca un instrument indispensabil în activitatea instanţelor (Holland & Webb, 2007: 60-61). Rămâne însă discutabil dacă această nouă atitudine epistemologică a judecătorilor britanici se va manifesta la latitudinea unei noi culturi juridice europene şi, implicit, a unei identităţi juridice europene, în condiţiile în care evoluţiile metodologice amintite au loc, deocamdată, în limitele unui (dez)echilibru de ordin constituţional între dreptul european şi cel britanic care face încă dificilă aplicarea celui dintâi (Boch, 2000: 35-36).

În alte cazuri, conservarea juridică naţională pune accentul pe suficienţa unui **orgoliu juridic** transpus în **naţionalism juridic,** unde nu este potrivit pentru „un popor adult" (ca acela francez) să fie învăţat cum se face dreptul de către nişte băieţi birocratici străini de la Bruxelles (Terré, 2003: 248). Acest tip de reacţii pot apărea la nivel discursiv în momentul în care o cultură juridică naţională este puternic ataşată de valorile care-i dau substanţă. Astfel, asimilarea Codului civil Napoleon (1804) cu „adevărata constituţie" a Franţei (Cabrillac, 2005: 245 şi urm.) de către doctrina franceză este interesantă în măsura în care ne readuce aminte că un Cod civil nu e o simplă construcţie tehnico-juridică abstractă, ci este şi expresia unei atitudini epistemologice colective specifice care dă substanţă şi culoare culturii juridice naţionale (Grimaldi, 2005: 26-27). Nu este de mirare că, asimilat simbolic cu expresia ultimă a conştiinţei, culturii şi identităţii juridice franceze, Codul civil a trebui apărat, cât de mult şi de bine posibil, în faţa „atacurilor" legislaţiei europene, în special faţă de celebra Directivă 85/374 din 1985 privind răspunderea producătorilor pentru produsele defectuoase.

Dacă „unitatea juridică în diversitatea juridică" înseamnă „unitate în vanitatea juridică naţională", integrarea juridică europeană nu este, într-adevăr, un subiect de discuţie. Această atitudine demonstrează că nu mai susamintita imposibilitate de înţelegere şi convergenţă între tradiţiile romano-germanică şi *common law* reprezintă obstacolul real al integrării juridice europene. Naţionalismul juridic şi xenofobia juridică sunt obstacole mult mai dificil de depăşit şi este necesară o profundă schimbare de mentalitate pentru ca acest lucru să se întâmple. Nu specificitatea unei culturi juridice naţionale este adevărata problemă a integrării juridice europene, ci lipsa unei adevărate înţelegeri a necesităţii schimbării acestei mentalităţi juridice naţionale.

§3. O cultură juridică europeană, soluţia unei reale convergenţe juridice în UE?

Una din cele mai delicate provocări ale construcţiei europene o reprezintă conflictul dintre nevoia unităţii şi a coerenţei sistemului economic al EU, bazat pe un drept armonizat/uniformizat şi aplicat în mod unitar de către instanţele statelor membre, cu nevoia de conservare si perpetuare a identităţii culturale naţionale (Grosswald Curran, 2001: 120 şi urm.). Tehnic vorbind, pluralismul cultural-juridic este un inconvenient şi chiar o ameninţare la adresa unităţii dreptului european. Punând problema la un nivel pur teoretic, un drept european unic, aplicat în mod unitar, ar presupune o cultură juridică europeană, relativ uniformă, susţinută de o cultură generală pan şi pro-europeană. Concret însă, pluralismul cultural şi cultural-juridic există, mai mult, el este recunoscut şi garantat de actele constitutive ale UE, iar diversitatea culturală (juridică) este apreciată ca o marcă definitorie a Europei (Weatherill, 2004: 647).

În aceste condiţii, există posibile soluţii alternative. Pe de o parte, să se accepte existenţa iremediabilă a unui pluralism cultural/cultural-juridic european, ca o trăsătură distinctă a construcţiei europene, şi, pe de altă parte, să se accepte, cumva cu resemnare, faptul că nu va putea fi atinsă niciodată o unitate reală a dreptului european, acompaniată de o unitate efectivă în aplicarea acestuia. Pe de altă parte, să se accepte faptul că, în contextul integrării juridice europene, culturile juridice naţionale nu doar pot, dar şi doresc să comunice, să dialogheze şi să se transforme prin crearea unor latitudini cultural-juridice comune. Prin urmare, dacă problema unificării şi a aplicării unitare a dreptului european rezidă în faptul că diversele culturi juridice naţionale se află fie în competiţie unele cu altele, fie într-un proces perpetuu de autoconservare, atunci succesul integrării juridice europene depinde de naşterea şi dezvoltarea unui mod comun, european de a gândi, raţiona, spera în materie de drept, a unui fond comun de valori, a unei metodologii judiciare comune, a unui praxis comun. Comunitatea europeană ar trebui să devină o comunitate epistemologică ce împărtăşeşte, transmite şi susţine acelaşi tip de informaţie în materie de drept european.

În mod cert, existenţa unui sistem de drept european trebuie să rezide în unitatea sa, dar acest lucru poate fi găsit (şi) în altă parte decât în simpla idee a unui drept european unificat sau armonizat. Iar aceasta deoarece unitatea şi chiar uniformitatea dreptului european presupun o epistemologie juridică identică ce include o hermeneutică juridică identică: „(...) o condiţie determinantă pentru obţinerea uniformităţii juridice este existenţa unei *culturi juridice comune* (s.n.) generate de un *discurs juridic comun* (s.n.)" (Lopez-Rodrigues, 2003-2004, 1208; Smits, 2002: 33). De aici se poate

desprinde şi un răspuns foarte bun pentru scepticismul lui P. Legrand: **dacă nu există o cultură juridică europeană, trebuie să creăm una.**

Această dialectică merge dincolo de dreptul înțeles ca normă şi pretinde, aşa cum am stabilit, o perspectivă a dreptului înțeles prin prisma culturii. Aceasta ridică, de asemenea, dubii asupra conservării discursului culturii juridice naționale sau al tradiției juridice şi propune o schemă pentru o nouă cultură juridică europeană în care cele naționale ar putea fi topite. Pe de o parte, o asemenea perspectivă reprezintă un iritant evident pentru instanțele naționale contemporane şi pentru logica „diversității în unitate". Pe de altă parte, necesitatea unei culturi juridice europene comune rezultă din viața internă a dreptului european şi din scopurile UE. Existența sa ar fi posibilă deoarece tradițiile, culturile juridice particulare şi mentalitățile juridice nu sunt făcute pentru eternitate. Aşa cum am remarcat deja, ele se pot schimba (Peters & Schwenke, 2000: 814 şi urm.), iar dovezi ale acestei transformări pot fi întâlnite în culturile juridice naționale de pe continentul european (van Hoecke & Dhont, 1999: 109 şi urm.). Rămâne de discutat însă în ce măsură naşterea unei culturi juridice europene înseamnă absorbția şi, în final, dispariția culturilor juridice naționale sau coexistența acesteia cu diversele şi variatele culturi juridice naționale.

§4. Ce reprezintă cultura juridică europeană?

Este sigur că ea nu poate fi rezultatul necesar al unei impuneri calculate şi centralizate din partea Bruxellesului sau a Luxemburgului. Mentalitatea juridică nu poate fi impusă de la vârf spre bază de logica dreptului înțeles ca normă. Poate, în acest context, rolul dreptului comparat ca un instrument rațional **exclusiv** în procesul integrării juridice europene ar trebui reconsiderat. De asemenea, apetitul Bruxellesului pentru o creare centralizată şi cvasi-sistematică a dreptului european ar trebui reevaluat şi mai bine orientat. Pe de altă parte, nu putem ignora că dreptul european e menit să răspundă unor necesități de ordin politic şi economic la nivelul UE. Crearea dreptului european fiind strict direcționată, nu putem discuta despre o eliminare a dreptului european oficial, edictat de sus în jos, ori a jurisprudenței CEJ din problema naşterii culturii juridice europene. Evident, nu se pune problema înființării printr-un regulament sau printr-o directivă europeană a unei comunități epistemologice europene care să simtă, să gândească, şi să aplice dreptul în acelaşi mod. Totuşi, în anumite cazuri, un proces de inginerie culturală, manifestat de sus în jos, e necesar. Acest lucru se va întâmpla, de exemplu, în cazul unui aspect cultural-juridic considerat indispensabil pentru reuşita proiectului european, *e.g.* cazul recomandării insistente de către CEJ a apelării la interpretarea deductiv-teleologică în

procesul de aplicare a dreptului european în jurisdicțiile naționale. Alteori, același lucru se va întâmpla în cazul în care noii membri ai UE sunt puși față în față cu aspecte deja solidificate ale culturii juridice europene. Un exemplu relevant este chiar cazul României: tratatul de aderare a României la UE (2006) a avut ca anexă Mecanismul de cooperare şi verificare (MCV). Acesta, constatând că România, din cauza corupției semnificative din justiție şi administrație, nu are un real stat de drept, a obligat statul român să înființeze instituții speciale (DNA şi ANI) care să lupte cu această corupție; aceste instituții nu realizează altceva decât o inginerie culturală, menită să alinieze cultura politico-juridică românească la cea europeană.

Prin urmare, demersul de creare a unei culturi juridice europene nu implică eliminarea viziunii dreptului înțeles ca normă juridică din ecuația integrării juridice europene. Credem că Europa este condamnată la o construcție juridică centralizată şi focalizată pe scopuri politice şi economice clare, prin intermediul dreptului edictat (al legii), şi că „mişcarea liberă a normelor juridice" (Smits, 2002: 70) nu este soluția cea mai potrivită. Procesul continuu şi conştient al unificării şi al armonizării dreptului pe bazele unui proces reevaluat de edictare a dreptului şi ale unei eficiente implementări la nivel național reprezintă o condiție importantă pentru atingerea scopurilor UE (Mollers, 2000: 694 şi urm.). Tot ceea ce trebuie făcut este a transforma acest proces într-unul sistematic în scopul de a deveni „sistemic". Principiile efectului direct al dreptului european şi supremației dreptului european asupra celui național, dezvoltate de CEJ, sunt relevante pentru această tendință şi justifică o preferință pentru unificarea juridică mai degrabă decât pentru armonizarea juridică.

Fără a exclude dreptul comparat din această evoluție, cultura juridică europeană trebuie însă lăsată să-şi găsească propria cale şi în cadrul procesului de dezvoltare în **practica juridică a dreptului european,** de către diverşii actori ai dreptului european. Tradiția dreptului civil şi cea a *common law* vor interacționa liber la diverse niveluri descoperind astfel modalități neimpuse de echilibru şi integrare. De exemplu, dialogul, deschiderea şi schimbul de experiență între judecătorii „civiliști" şi cei ai *common law* par a fi calea corectă în „căutarea inspirației" în domeniul metodologiei judiciare (Lord Goff, 2000: 248). În acest proces, culturile juridice naționale pot fi păstrate, dar nu exact ca nişte „identități" pietrificate, ci ca furnizori egali de soluții juridice (culturale). Jurisprudența CJE ilustrează perfect această realitate (Koopmans, 1991: 500-505). Cum ar putea, oricum, cineva să susțină că tradiția dreptului civil/romano-germanică şi cea *common law* s-ar prăbuşi în mod necesar în cadrul acestui proces? Ele pot să coexiste în mod natural ca sub-culturi ale aceleiaşi culturi juridice europene complexe sau multivalente (Glenn, 2004a: 347-365), aşa cum culturile juridice franceză

şi germană se manifestă ca sub-culturi juridice ale tradiției juridice romano-germanice (Peters & Schwenke, 1998: 814).

Având în vedere toate aceste aspecte, putem spune că o cultură juridică europeană se va naşte ca urmare a unei continue interacțiuni cultural-juridice pe două planuri: **pe verticală** (de sus în jos), putem remarca interacțiunea dintre voința politico-juridică europeană, manifestată prin dreptul european uniformizator sau armonizator, sau chiar prin intermediul CEJ, şi culturile juridice naționale; **pe orizontală** (de jos în sus), putem observa o interacțiune între culturile juridice naționale. Cele două planuri sunt interdependente: nu putem vorbi despre o cultură juridică europeană elaborată doar de sus în jos, aşa cum nu putem vorbi despre o cultură juridică europeană elaborată doar de jos în sus. În ciuda faptului că este general recunoscut că dreptul şi mentalitatea juridică sunt produsele unei anumite societăți şi nu societatea produsul unei anume culturi juridice, în procesul edificării unei culturi juridice europene, presiunea unei legislații şi a unei jurisprudențe centralizate europene poate determina schimbări în culturile şi mentalitățile juridice naționale. Drept consecință, o cultură juridică nu depinde doar de o cultură generală corespondentă unei anumite societăți, ci şi de deschiderea şi adaptabilitatea la iritanții externi. Ar fi util să menționăm că, în contextul „diversității în unitate", o perspectivă a societății ce determină dreptul este la fel de potrivită ca şi cea a dreptului care determină societatea. La rândul său, rodul interacțiunii dintre culturile juridice europene va produce impulsuri în ceea ce priveşte modul de edictare şi conținutul dreptului comunitar. În aceste condiții, cultura juridică europeană va fi expresia măsurii în care se va ajunge la un echilibru între nevoia de uniformitate a dreptului european, în procesul de atingere a scopurilor politice şi economice ale UE, şi nevoia de afirmare a culturilor juridice naționale, pe fondul unui dialog real între toți actorii europeni.

De aceea, mai mult decât orice, cultura juridică europeană ar trebui să fie un discurs continuu şi susținut despre componentele ei şi despre necesitatea atingerii unor scopuri politice comune. Această cultură juridică europeană nu poate fi decât urmarea unui dialog constant şi deschis între reprezentanții celor două tradiții juridice europene, „a unei experiențe comune care să asume o comunitate de înțeles" (Legrand, 1997: 60). Noua epistemologie juridică trebuie să ia, în mod necesar, forma învățământului juridic înăuntrul căruia dreptul comparat trebuie să fie calea esențială de înțelegere (Ward, 1995: 24). Dialogul academic ar trebui să ofere bazele teoretice ale identității europene, încredere în Europa şi un sentiment al apartenenței la Europa (Lopez-Rodrigues, 2003-2004: 1216-1217; van Gerven, 2004: 158-159). Astfel, în condițiile în care tradițiile juridice europene – romano-germanică şi *common law* – sunt susținute şi perpetuate prin intermediul

informației transmise prin educație, naşterea unei culturi juridice europene trebuie să fie, inevitabil, legată de educație (Roos, 2004: 212). Acest tip de discurs, bazat pe o înțelegere comună a ceea ce înseamnă Europa şi dreptul european poate sta la baza dezvoltării unui limbaj juridic comun european care, deşi exprimat în limbi naționale diferite, să susțină o comunitate de sens (Kjaer, 2003: 396). UE se va angaja astfel pe lungul şi delicatul drum spre dobândirea unei dimensiuni necesare a trecutului şi prezentului unei **identități juridice europene**. Dacă o tradiție (juridică) este, aşa cum accentua P. Glenn (2004a: 42), informație menținută şi comunicată într-o rețea socială particulară, o nouă tradiție juridică ar însemna **o nouă identitate** pentru acea societate, bazată pe o nouă epistemologie juridică. Parcursul poate fi uneori irațional, dar rezultatul trebuie să fie, la un moment dat, clar şi rațional exprimat într-o nou mod de a înțelege dreptul.

Este dificil a spune, în acest moment, care ar fi consistența şi răspândirea unei posibile tradiții juridice europene. Este evident, din cele de mai sus, că o atare cultură juridică la nivel european ar trebui să existe pentru a asigura succesul deplin al integrării juridice europene. Putem enunța câteva tendințe aparente care reprezintă, pentru a utiliza cuvintele lui Markesinis, **o convergență culturală juridică minimală în aşteptarea unei dezvoltări graduale** (Markesinis, 1997: 191-193):

a. În primul rând, trebuie remarcată o crescândă acceptare a ideii că o construcție juridică europeană trebuie realizată prin renunțarea la dezvoltarea juridică națională organică şi prin deschiderea spre soluții juridice externe.

b. La nivel legislativ, se constată o crescândă importanță a elitei juridice alături de cea politică, iar dreptul comparat este valorizat ca cea mai potrivită metodologie pentru edictarea dreptului.

c. Poate fi observat un continuu interes pentru sistematizarea dreptului, inclusiv prin apelarea la codificare.

d. Se pare că o consistență culturală a fost dobândită la nivelul judiciarului în contextul aplicării metodei teleologice de interpretare a dreptului susținută de CEJ (Mollers, 2002: 702-704). La acelaşi nivel al judiciarului, metoda comparativă este folosită pe scară largă.

e. În procesul de „stabilire/descoperire a dreptului" desfăşurat la nivelul CEJ şi chiar la nivelul unor instanțe naționale, dreptul comparat joacă un rol important sau unul crescând în importanță (*idem*).

f. Acest fapt determină o importantă reevaluare a sistemului izvoarelor formale ale dreptului la nivel european în favoarea dreptului edictat (statutar), a principiilor dreptului (Koopmans, 1991: 496-497) şi a unei modalități specifice de a judeca „în care litigiile sunt soluționate prin referirea la cazuri mai vechi" (*idem*: 504).

g. Opiniile divergente sunt acceptate şi expuse într-un stil personal.

h. O procedură înrudită cu controlul de constituționalitate, în competența CEJ, menține unitatea unei dorite ordini juridice europene.

i. Legiuitorii şi judecătorii europeni par a fi parteneri egali în prestigiu în procesul de construire a sistemului de drept european, chiar dacă stilul impersonal al hotărârilor judecătoreşti ale CEJ poate descuraja această idee.

j. Dreptul european tinde să se exprime doar prin intermediul a două limbi – engleza şi franceza – ceea ce creează premisele comunicării juridice şi unității stilului juridic (Mollers, 2002: 705; 708).

În mod evident, este dificil să se susțină că toate acestea sunt profund europene, având în vedere că toate sunt localizate la vârful mecanismului juridic european. Se pune, prin urmare, problema unei reale transformări a epistemologiei, a mentalității şi a praxisului juridic care să se regăsească la nivelul tuturor actorilor scenei juridice europene, la nivel european şi național. Pe de altă parte, dacă toate acestea nu vor fi consolidate de o bază morală şi filosofică, dreptul european va rămâne mai degrabă un simplu instrument în mâinile unei elite juridice europene în scopul de a atinge obiective negociate. Nu în cele din urmă, trebuie să fim conştienți de faptul că proiectul „dreptului înțeles prin prisma culturii" va depinde în mod constant de bazele politice ale UE. Nu există nicio justificare pentru o cultură juridică europeană dacă procesul edictării dreptului, transpunerea, interpretarea dreptului european vor fi determinate de „supremația finală" a parlamentelor naționale (Lord Irvine, 2000: 25) şi de logica şovinismului. Europa are nevoie de o cultură juridică europeană în paralel cu o voință politică europeană comună. Până la urmă, cultura juridică europeană nu este un scop în sine. Ea este doar o precondiție pentru succesul unei dorite agende politice europene.

§5. Ar putea fi cu adevărat posibilă o cultură juridică europeană?

Dincolo de ideea unei culturi juridice europene, problemele legate de apariția concretă a acesteia trebuie să conducă la o abordare echilibrată, chiar rezervată. Fără a renunța la optimism, acesta nu trebuie totuşi transformat dintr-un demers de constatare a evidențelor empirice într-un motor emoțional al unui demers brutal de inginerie culturală. Faptul că se constată o relativă integrare metodologică la nivelul culturii judiciare europene manifestată la nivelul CEJ, nu înseamnă că avem deja o transformare relevantă de mentalitate la nivelul instanțelor europene. Faptul că unii judecători englezi sunt deschişi spre dialog cu cultura juridică romano-germanică, nu înseamnă că a avut loc deja o schimbare fundamentală în ceea ce priveşte structurile cognitiv-juridice ale acestora şi nici că marea masă a

judecătorilor naţionali de pe continentul european sunt realmente dispuşi la schimbare de mentalitate. De asemenea, faptul că există câteva grupuri de profesori jurişti care, la nivel european, discută despre crearea unui drept privat comun european şi despre o cultură juridică europeană, nu înseamnă că acest dialog a creat o masivă schimbare de percepţie şi de mentalitate la nivelul intelectualităţii academice în statele europene. Acest dialog este susţinut de un grup restrâns de jurişti comparatişti al căror impact asupra masei profesorilor de drept este relativ egal cu rolul pe care-l are studiul dreptului comparat în facultăţile de drept din statele respective. Dacă ne-am raporta doar la România, am putea spune că problematica unificării dreptului european, a convergenţei juridice europene, este cvasi-inexistentă într-o mare de literatură juridică dedicată exegezei pozitiviste a dreptului naţional. În condiţiile în care interesul pentru drept comparat (acela care contează) este extrem de scăzut şi nu există reflecţii teoretice serioase în cadrul corpului judecătoresc cu privire la efectele integrării asupra metodologiei şi stilului juridic, şansele elitei juridice româneşti de a contribui la problematica naşterii unei culturi juridice europene sunt reduse.

În acelaşi timp, trebuie acceptat faptul că, deşi susţinem un drept comparat care, dincolo de descoperirea şi înţelegerea alterităţii în drept, trebuie să faciliteze dialogul între culturile juridice, a crea pe această cale o cultură juridică europeană este un proces îndelungat şi anevoios. Structurile cognitiv-juridice/mentalităţile în cadrul familiei romano-germanice şi a celei *common law* pot fi tratate ca dimensiuni dinamice ale culturii şi identităţii juridice, dar schimbarea lor e un proces dificil care trebuie aşteptat cu răbdare. Orice forţare a unei asemenea schimbări prin proiecte de unificare formală a dreptului, de genul Codului civil european sau al „miezului comun", nu face decât să creeze o falsă aparenţă de unitate şi să dea dreptate celor care susţin cu tărie incomensurabilitatea şi neconvergenţa culturilor juridice.

De asemenea, rămâne de văzut în ce măsură un drept comparat dialogal va reuşi să evite nu doar atitudini de imperialism sau de şovinism juridic în relaţia dintre familiile juridice romano-germanică şi *common law*, ci şi perspectiva unei inginerii cultural-juridice fără drept de apel între sistemele de drept din Vestul Europei şi cele din fosta Europa centrală şi de Est. Astfel, esticilor în general şi românilor, în particular, li se spune de către un cunoscut comparatist vest-european că trebuie să fie conştienţi de faptul că vechea şi depăşita apartenenţă cultural-juridică la familia juridică socialistă nu mai este deloc potrivită pentru a impresiona paznicii clubului select al UE. Pentru a face acest lucru, ei trebuie să-şi procure, se pare, o calitate de membru, printr-o schimbare rapidă a culturii generale, a praxisului şi a epistemologiei juridice (van Erp, 2006: 400). Prin urmare, în timp ce pentru doctrina vestică a dreptului comparat a schimba valori, comportamente

şi epistemologii juridice prin import juridic este imposibil sau ar lua foarte mult timp, pentru noii veniți din Est a se alătura UE trebuie să însemne un proces de rapidă schimbare cultural-juridică. Pentru estici armonizarea juridică în UE ar însemna o simplă renunțare la cultura juridică socialistă, eminamente rea (ca şi cum dincolo de ea nu ar fi nimic altceva), în favoarea unei rapide asimilări a valorilor culturii juridice vest-europene, eminamente bune. Acesta este un mod foarte eficient şi expeditiv de a rezolva problema culturilor juridice est-europene, fără niciun fel de efort metodologic serios pentru a înțelege modul particular în care dreptul este perceput în diferitele contexte culturale socialiste din fostele țări ale lagărului socialist, măsura în care profesioniştii dreptului sau actorii politici au sprijinit ideologia juridică socialistă, semnificația culturii juridice pre-comuniste în contextul socialist şi post-socialist şi impactul culturii juridice socialiste asupra evoluțiilor cultural-juridice în țările post-comuniste din Estul Europei (Puchalska & Salter, 1996: 164 şi urm.).

În acest context este oportun să ne întrebăm în ce măsură mult dorita creare graduală, dialogică şi pe orizontală a unei culturi juridice europene, în special între sistemele de drept vest-europene, este dublată de o inginerie culturală programatică, de sus în jos, menită să creeze aceeaşi cultură juridică europeană în sistemele juridice venite din Est. Va fi, prin urmare, o sarcină dificilă pentru elita politică şi juridică românească să descopere care este modul cel mai potrivit de a acționa în viitor: ori, pe de o parte, să se manifeste ca parteneri egali de schimb cultural-juridic în Europa, înțelegând astfel că e nevoie de două culturi juridice conştiente de sine pentru un dialog cultural-juridic real, ori, pe de altă parte, să accepte cu smerenie poziția unei culturi juridice dominate şi a „unui sisteme de drept mai puțin puternic politic", în mod inextricabil supus unei inginerii cultural-juridice (Banakar, 2009: 75-76), în timp ce se lamentează din cauza imoralității, inevitabilității şi injustiției unui asemenea tratament. Sau poate sunt dispuşi să accepte cu resemnare faptul că integrarea cultural-juridică europeană a unei țări est-europene ca România, printr-o inginerie culturală de sus în jos sau de jos în sus, este o evoluție inevitabilă a unei societăți post-comuniste în curs de dezvoltare care, în scopul aderării la clubul select al țărilor bogate din Vest, trebuie să le asume „cultura juridică modernă" (Friedman, 1994: 120 şi urm.) particulară? După toate acestea, rămâne de văzut dacă dialogul mutual respectuos dintre sisteme de drept/culturi juridice tratate în mod egal în procesul „com-parării" va rămâne doar o comunicare inter-subiectivă la nivel academic sau va avea şansa să prevaleze unui drept comparat utilizat ca inevitabil instrument de guvernanță (promovând, potențial, monolog juridic şi inegalitate) în cadrul proiectului politic în continuă dezvoltare al UE.

Bibliografie

Bell, John, *French Legal Cultures,* Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 2001;

Bell, John, *De la culture*, în P. Legrand (sous la direction de), Comparer les droits, résolument, LJDG, Paris, 2009, pp. 247-278;

Banakar, Reza, *Review essay. Power, culture and method in comparative law*, în International Journal of Law in Context, vol. 5/2009, pp. 69-85;

Banakas, Efstathios K., *The Method of Comparative Law and the Question of Legal Culture Today*, în Tilburg Foreign Law Review, vol. 3/1993-1994, pp. 113-153;

Barber, Nicholas W., *Legal Pluralism and the European Union*, în European Law Journal, vol. 12/2000, pp. 306-329;

Boch, Christiane, *EC Law in the UK*, Longman, 2000;

Cabrillac, Remy, *Le Code civil est-il la véritable constitution de la France?,* în Revue Juridique Themis, vol. 39/2005, pp. 246-259;

Cappelletti, Mauro, Merryman, John Henry, Perillo, Joseph M., *The Italian Legal System,* Stanford University Press, Stanford, 1967;

Cotterrell, Roger, *Is There a Logic of Legal Transplants*? în D. Nelken and J. Feest (ed.), *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, pp. 71-92;

Cotterrell, Roger, *Comparative Law and Legal Culture*, în M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 709-737;

Craufurd-Smith, Rachel, *Article 151 EC and European Identity*, în *Culture and European Union Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 277-297;

Duina, Francesco, Breznau, Nathan, *Constructing Common Cultures: The Ontological and Normative Dimensions of Law in the European Union and Mercosur*, în European Law Journal, vol. 8/2002, pp. 574-595;

Friedman, Lawrence M., *The Republic of Choice: Law, Society and Culture*, Harvard University Press, Cambridge/MA, 1990;

Friedman, Lawrence M., *Is There a Modern Legal Culture?* în Ratio Juris, vol. 7/1994, pp. 117-131;

Gibson, James L. and Caldeira, Gregory A., *The Legal Cultures of Europe,* în Law and Society Review, vol. 30/1996, pp. 55-85;

Glenn, H. Patrick, *Are Legal Traditions Incommensurable?* În The American Journal of Comparative Law, vol. 49/2001, pp. 133-146;

Glenn, H. Patrick (a), *Legal traditions of the World*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2004;

Glenn, H. Patrick (b), *Legal Cultures and Legal Traditions*, în M. van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 7-20;

Grimaldi, Michel, *„Codes et codification": pour souligner la dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoleon*, în Les Cahiers du droit, vol. 46/2005, pp. 11-28;

Grosswald Curran, Vivian, *Romantic Common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Law*, în Columbia Journal of European Law, vol. 7/2001, pp. 63-126;

Guțan, Manuel, *Dreptul comparat contemporan si actualitatea teoriei formelor fără fond*, în Pandectele Române, nr. 4/2009, pp. 39-67;

Holland, James and Webb, Julian, *Learning Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 263-264;

Hondius, Ewoud H., *Finding the Law in a New Millennium. Prospects for the Development of Civil Law in the European Union*, în D'ici, D'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit. Mélanges en L'honneur de Denis Tallon, Société de législation comparée, Paris, 1999, pp. 93-112;

Husa, Jaakko, *Legal Culture vs. Legal Tradition – Different Epistemologies?* Maastricht European Private Law Institute, Working Paper no. 2012/18, accesibil la SSRN: http://ssrn.com/abstract=2179890;

Kjaer, Anne Lise, *A Common Legal Language in Europe?*, în M. van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, pp. 377-398;

Koopmans, Thijmen, *The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 39/1991, pp. 493-507;

Kuhn, Zdenek, *World Apart: Western and Central European Judicial Cultures at the Onset of the European Enlargement*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 52/2004, pp. 531-567;

Legrand, Pierre, *Legal Traditions in Western Europe: the limits of commonality*, în *Transfrontier Mobility of Law*, R. Jagtenburg, E. Örücü and A. de Roo (ed.), Kluwer Law International, Haga, 1995, pp. 63-84;

Legrand, Pierre, *European Systems are not Converging*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 45/ 1996, pp. 52-81;

Legrand, Pierre, (a), *The Impossibility of „Legal Transplant"*, în Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 4/1997, pp. 111-124;

Legrand, Pierre (b), *Against a European Civil Code*, în Modern Law Review, vol. 60/1997, pp. 44-62;

Legrand, Pierre, *Codification and the Politics of Exclusion: a Challenge for Comparativists*, în University of California Davis Law Review, vol. 31/1997-1998, pp. 799-808;

Levitsky, Johnatan E., *The Europeanization of the British Legal Style*, în The American Journal of Comparative Law, Vol. 42/1994, pp. 347-380;

Lewis, Xavier, *The Europeanization of the Common Law*, în *Transfrontier Mobility of Law*, Kluwer Law International, Haga, 1995, pp. 47-61;

Lewis, Xavier, *A Common Law Fortress Under Attack: is English Law Being Europeanized?* în Columbia Journal of European Law, vol. 1/1995-1996, pp. 1-24;

Lopez-Rodriguez, Ana M., *Towards a European Civil Code without a Common European Legal Culture? The Link Between Law, Language and Culture*, în Brooklyn Journal of International Law, vol. 29/2003-2004, pp. 1195-1220;

Lord Slynn of Hadley, *What is a European Community Law Judge?*, în Cambridge Law Journal, vol. 52/1993, pp. 234-244;

Lord Goff of Chieveley, *Coming Together – the Future,* în B. Markesinis (ed.), Millennium Lecturers: The Coming Together of the Common Law and Civil Law, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2000, pp. 239-249;

Lord Irvine of Lairg, *The Influence of Europe on Public Law in the United Kingdom*, în B. Markesinis (ed.), Millennium Lecturers: The Coming Together of the Common Law and Civil Law, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2000, pp. 24-25;

Markesinis, Basil S., *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Hart Publishing, Oxford, 1997;

Merryman, John H., *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford California, 1985;

Mocia, Luigi, *Historical overview on the origins and attitudes of comparative law*, în B. de Witte and C. Forder (ed.), The common law of Europe and the future of legal education, Kluwer, Deventer, 1992, pp. 609-620;

Mollers, Thomas M., *The Role of Law in European Integration*, în The American Journal of Comparative Law, vol. 48/2000, pp. 679-711;

Nelken, David, *Using the Concept of Legal Culture,* în Australian Journal of Legal Philosophy, vol. 29/2004, pp. 1-26;

Örücü, Esin, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition,* în Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking, No. 59/1999, Kluwer Law International, Deventer, pp. 1-133;

Örücü, Esin, *Law as Transposition*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 21/2002, pp. 205-223;

Peters, Anne and Schwenke, Heiner, *Comparative Law Beyond Post-Modernism*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 49/2000, pp. 800-834;

Puchalska-Tych and Bogumila, Salter, Michael, *Comparing legal cultures of Eastern Europe: the need for a dialectical analyses*, în Legal Studies, vol. 16/1996, pp. 157-184;

Rensen, Tom, *British Statutory Interpretation in the Light of Community and Other International Obligations*, în Statute Law Review, vol. 14/1993, pp. 186-203;

Riles, Annelise, *Comparative Law and Socio-Legal Studies*, în M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 775-813;

Roos, Nikolas, *NICE Dreams and Realities of European Private Law*, în M. van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 197-228;

Rosen, Lawrence, *Law as Culture*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006;

Samuel, Geoffrey, *Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences,* în M. van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 35-77;

Smits, Jan M., *The Making of European Private Law. Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal Systems*, Intersentia, Antwerp, 2002;

Terré, Francois, *Introduction générale au droit,* VI[e] édition, Dalloz, Paris, 2003;

Teubner, Gunter, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, în Modern Law Review, vol. 61/1998, p. 11-32;

van Caenegem, Raoul C., *European Law in the Past and in the Future*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002;

van Hoecke, Mark and Warrington, Mark, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, în International and Comparative Law Quarterly, vol. 47/1998, pp. 495-536;

van Hoecke, Mark and Dhont, J., *Obstacles and Opportunities for the Harmonization of Law in Europe: the Case of Privacy*, în Function and Future of European Law, Publications of the Faculty of Law, University of Helsinki, Helsinki, 1999, pp. 107-146;

van Gerven, Walter, *Codifying European Private Law*, în M. van Hoecke (ed.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 137-164;

van Erp, Sjef, *Comparative Law in Practice: The Process of Law Reform*, în E. Örücü and D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006, pp. 399-409;

Varga, Csaba, *Legal Traditions? In Search for Families and Culture of Law*, în Acta Juridica Hungarica, vol. 46/2005, pp. 177-197;

Visser, Daniel, *Cultural Forces in the Making of Mixed Legal Systems*, în Tulane Law Review, vol. 78/2003-2004, pp. 41-78;

Wallace, Chloe J., *European Integration and Legal Culture: Indirect Sex Discrimination in the French Legal System*, în Legal Studies, vol. 19/1999, pp. 397-414;

Ward, Ian, *The Limits of Comparativism: Lessons from UK-EC Integration*, în Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 2/1995, pp. 23-33;

Watson, Alan, *Legal Culture v. Legal Tradition, în* Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 1-6;

Weatherill, Stephen, *Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?,* în European Review of Private Law, vol. 12/2004, pp. 633-660;

Webber, Jeremy, *Culture, Legal Culture and Legal Reasoning: a Comment on Nelken,* în Australian Journal of Legal Philosophy, vol. 29/2004, pp. 25-36;

Zuleeg, Manfred, *A Community of Law: Legal Cohesion in the European Union*, în Fordham International Law Journal, vol. 20/1996-1997, pp. 623-637;

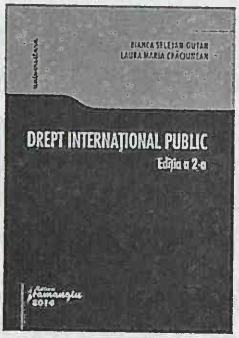
Zweigert, Konrad and Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law,* Clarendon Press, Oxford, 1998.

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Drept internaţional public

Ediţia a 2-a

Bianca Selejan-Guţan
Laura Maria Crăciunean



978-606-27-0086-7
~ 49 lei, ~ 420 p.

Lucrarea de faţă reprezintă o provocare de a înţelege dreptul internaţional public ca pe o entitate dinamică, în care se reflectă SCHIMBAREA.

Exista o societate internaţională? Dar un drept aplicabil acesteia? Care este originea dreptului internaţional public? Putem vorbi de un drept internaţional independent de existenţa statului şi a naţiunilor? Care este rolul individului în dreptul internaţional public?

Sunt doar câteva din numeroasele întrebări ce vă invită să le aflaţi răspunsul în cele unsprezece capitole. De asemenea, exerciţiile pentru seminar de la sfârşitul fiecărui capitol dau posibilitatea unei aprofundări logice şi sistematice a materiei.

Aflată la cea de a doua ediţie şi îmbogăţită cu jurisprudenţa internaţională, doctrina şi legislaţia ultimilor ani, lucrarea este adresată cu precădere studenţilor, dar poate fi utilă oricărui profesionist al dreptului ce dovedeşte interes pentru problematica abordată.

B.C.U. "M. EMINESCU" IASI

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

2014/8601
49,00

SISTEME DE DREPT COMPARATE

INTRODUCERE ÎN TEORIA GENERALĂ A DREPTULUI COMPARAT

Lucrarea de față încearcă să explice cititorului că dreptul comparat nu reprezintă doar ceea ce se înțelege pe scară largă astăzi în România: un demers de descriere a modului în care anumite sisteme de drept străine reglementează diverse instituții juridice. Se uită, adesea, faptul că a compara înseamnă măcar a juxtapune, a scoate în evidență asemănări și deosebiri între sistemele și instituțiile juridice străine analizate. Pentru partizanii acestui tip de abordare, a compara înseamnă a realiza un demers științific natural ce nu necesită niciun fel de expertiză de ordin metodologic. În acest context, dorim să provocăm cititorul la o perspectivă diferită, oferindu-i o bază teoretică minimală necesară pentru a se lansa în studiul comparativ aprofundat al dreptului. Tocmai de aceea, atragem atenția că, în urma lecturării acestei lucrări, studentul, masterandul, doctorandul, post-doctorandul și cercetătorul versat al dreptului nu vor deveni cu adevărat comparatiști. Pentru aceasta e nevoie de ani buni de experiență și reflecție în materie. Toți aceștia vor avea însă posibilitatea să știe cel puțin de unde să pornească și, eventual, ce cale să urmeze în analiza comparativă a dreptului.

reduceri de până la 30%
pentru comenzi on line
www.hamangiu.ro

Preț: 49 lei
ISBN 978-606-27-0078-2